

CODE NAPOLÉON.

LIVRE III. — TITRES III & IV.

DES CONTRATS

OU DES

OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL

ET DES

ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

IV.

LIMOGES. — DUCOURTIEUX ET Cie, IMPRIMEURS-LIBRAIRES.

THÉORIE & PRATIQUE

DES

OBLIGATIONS

OU

COMMENTAIRE

DES TITRES III & IV, LIVRE III, DU CODE NAPOLÉON

Art. 1101 à 1386

PAR M. L. LAROMBIÈRE

Président à la Cour impériale de Limoges.

TOME QUATRIÈME.

PARIS

A. DURAND, LIBRAIRE, 7, RUE DES GRÈS-SORBONNE.

1857

CODE NAPOLÉON.

LIVRE III. — TITRE III.

DES CONTRATS

Ou des Obligations conventionnelles en général.

(*Décrété le 7 février 1804. Promulgué le 17 du même mois.*)

SECTION VI.

DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE.

Article 1302.

Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur, et avant qu'il fût en demeure. — Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée. — Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue. — De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix.

Sommaire.

1. Dispositions générales de l'article 1302.
2. Il faut un corps certain et déterminé,

3. Ou faisant partie d'objets certains et déterminés.
4. Renvoi pour les obligations alternatives.
5. Renvoi pour les assignats démonstratifs et limitatifs.
6. L'objet peut être ultérieurement déterminé,
7. Quand il y a impossibilité physique ou légale de payement.
8. De l'accession et de la spécification.
9. La perte doit arriver sans la faute du débiteur et avant sa mise en demeure.
10. Autrement, l'obligation subsiste. En quel sens.
11. *Quid*, si la chose fût également périe chez le créancier?
12. Le débiteur doit prouver le cas fortuit.
13. Il peut purger sa demeure. Observation.
14. Exception en cas de vol.
15. En quoi consiste l'extinction de l'obligation de donner.
16. L'article 1302 s'applique aux obligations de faire.
17. Observations sur l'extinction de ces dernières obligations.
18. Application de l'article 1302 aux contrats aléatoires.

COMMENTAIRE.

1. Par les termes généraux dans lesquels est rédigée la rubrique, cette section s'applique également aux obligations de donner et aux obligations de faire. Cependant, les articles 1302 et 1303 sont conçus de telle manière qu'ils ne sont évidemment relatifs qu'aux obligations de donner. Nous aurons donc à suppléer ici le silence du Code, touchant les obligations de faire.

2. On voit par le texte de l'article 1302, que le Code fait dépendre l'extinction de l'obligation de l'existence simultanée de plusieurs conditions, sur lesquelles nous devons particulièrement insister.

Il faut, avant tout, que l'objet de l'obligation consiste dans un corps certain et déterminé; autrement, on ne pourrait dire qu'il a péri, qu'il s'est perdu, puisque, étant partout, il n'est précisément nulle part. Ainsi, je vous promets un cheval, cent hectolitres de blé, dix pièces de vin; l'objet de mon obligation consiste dans une chose uniquement déterminée quant à sa quantité et à son espèce; c'est une obligation de genre, *obligatio generis*. Or, comme un genre, une collection d'individus

semblables ne périt jamais, *genus nunquàm perit,* il s'ensuit que mon obligation n'est pas éteinte par la perte d'une quantité plus ou moins grande d'objets du même genre que la chose qui fait la matière de mon obligation. Elle a toujours son objet, puisque son indétermination empêche de dire que ce soit précisément la chose due qui ait péri. Il faudrait, pour cela, que le genre tout entier ne fût plus susceptible de faire l'objet d'une convention valable ; ce qui peut arriver lorsqu'il est soustrait du commerce, et devient un objet illicite de contrat, de licite qu'il était auparavant.

3. Si l'objet du contrat, quoique indéterminé par lui-même, faisait partie d'une quantité de choses certaines et déterminées, et que toutes ces choses vinssent à périr ou à se perdre, l'obligation serait éteinte; car, de toute nécessité, l'objet particulier du contrat aurait été compris dans la perte totale (1).

4. L'objet de la convention peut être indéterminé, en ce que l'obligation comprend alternativement plusieurs choses. Nous avons vu, sous l'article 1193, l'influence de cette alternative, en cas de perte, sur l'extinction de l'obligation.

5. Nous renvoyons encore à ce que nous avons dit sous l'article 1168, des assignats démonstratifs et limitatifs, c'est-à-dire des clauses qui indiquent à l'objet du contrat une origine et une provenance particulières, tantôt pour faire comprendre, à titre de démonstration, que les choses indiquées serviront de préférence à payer, *nudè potius solvatur,* et tantôt, à titre de limitation et d'exclusion, que ces choses serviront à payer en tout et pour tout, sans qu'on puisse en prendre ailleurs, même de semblables. Alors donc que l'assignat sera limitatif, la perte de la chose indiquée, même sa non existence, entraînera l'extinction de l'obligation, puisque la chose due s'y trouve comprise; alors, au contraire, que l'assignat sera démonstratif, la perte des choses indiquées n'entraînera pas l'extinction de

(1) L. 37, *ff. De verb. oblig.*

l'obligation, puisqu'il n'y a pas exclusion des autres choses, lesquelles font également l'objet du contrat.

6. Remarquons ici que l'objet de l'obligation, indéterminé dans le principe, peut être devenu déterminé et certain, avant sa perte, par un fait ultérieur. Ainsi, le débiteur, sous une clause alternative d'un cheval ou de trois cents francs, détermine l'objet en offrant le cheval. De même, le créancier d'un cheval ou de vingt hectolitres de blé, alternativement à son choix, détermine le sujet de l'obligation en demandant le cheval.

Si le débiteur avait offert les trois cents francs, ou le créancier demandé les vingt hectolitres de blé, ils auraient sans doute l'un et l'autre déterminé l'objet de la convention, en ce sens qu'il n'y aurait plus d'alternative; mais la chose due n'en serait pas moins incertaine et indéterminée, en ce sens qu'elle consisterait dans un genre, argent ou blé.

Ajoutons que l'objet du contrat consistant dans une quantité de choses d'une certaine espèce, comme dix hectolitres de blé, deux chevaux, trois pièces de vin, se détermine et s'individualise par le mesurage, le pesage, l'offre ou la demande, la marque; de telle sorte que la perte survenue postérieurement est, dorénavant, celle d'un corps certain et déterminé.

7. Comme seconde condition exigée par l'article 1302, il faut, pour que l'obligation soit éteinte, que la chose soit périe, mise hors du commerce, ou perdue de manière qu'on en ignore absolument l'existence; ce qui comprend tous les cas où la prestation qui fait la matière de l'obligation, devient physiquement ou légalement impossible. L'obligation tombe alors dans un de ces cas où elle n'aurait pas pu naître, et où elle ne peut être exécutée : *Obligatio quamvis ab initio rectè constituta, extinguitur, si inciderit in eum casum à quo incipere non poterat* (1).

8. Si les choses qui faisaient la matière du contrat ne sont

(1) L. 140, § 2, *ff. De verb. oblig.*

ni péries, ni perdues, mais qu'elles aient subi l'accession de choses mobilières ou immobilières, ou un travail de spécification, les droits des parties doivent alors être réglés d'après les articles 552 et suivants, et 565 et suivants.

9. Il faut enfin que la chose soit périe, mise hors du commerce, perdue de manière qu'on en ignore absolument l'existence, sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure, ce qui revient à dire, par cas fortuit ou force majeure (1148), par une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (1147), toujours avant qu'il fût constitué en demeure.

Comme nous avons expliqué, sous l'article 1148, ce qu'on doit entendre par cas fortuit, force majeure ou cause étrangère non imputable, nous nous bornons à y renvoyer le lecteur.

Nous renvoyons de même aux articles 1139 et 1146, où nous avons parlé de la mise en demeure de l'obligé.

Moyennant ces conditions réunies, détermination de la chose, sa perte ou sa soustraction du commerce, absence de faute et de mise en demeure, l'obligation est donc légalement éteinte. Mais ces conditions doivent toutes exister d'une manière simultanée.

10. Si en effet le débiteur était en demeure, la chose serait à ses risques et périls (1138); d'où la conséquence qu'il serait encore obligé.

Si la chose était périe, perdue, soustraite du commerce, par la faute, le fait ou sur la provocation du débiteur, son obligation ne serait pas non plus éteinte. Car, dans ce cas, il n'y a pas réellement cas fortuit, force majeure, cause étrangère non imputable.

Mais il ne suffit pas d'une faute quelconque de la part du débiteur pour qu'il continue d'être obligé. Sa faute doit être en relation, comme cause directe et prochaine, avec la perte de la chose ou sa soustraction du commerce. Elle doit être telle que sans elle l'évènement ne serait pas arrivé (1807).

La seule manière, au surplus, dont l'obligation subsiste dans

ce cas, c'est qu'elle se convertit en dommages et intérêts, à défaut d'une autre exécution possible.

Il en est de même lorsque, en l'absence de toute faute de sa part, le débiteur s'est chargé des cas fortuits.

11. Cependant, lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée. Et cette extinction de l'obligation est si parfaite qu'il n'y a même pas lieu à des dommages et intérêts. Cette disposition de l'article 1302 est fondée sur ce principe souverain d'équité, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (1). D'ailleurs l'obligation ne pouvant se perpétuer par la mise en demeure, que sous forme de dommages et intérêts, le créancier n'y a aucun droit, puisqu'il n'éprouve aucun préjudice.

Quant à la question de savoir si la chose fût également périe chez le créancier, c'est un point de fait dont l'appréciation dépend des circonstances.

12. Le débiteur est alors tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue (1303). Cette disposition est l'expression du droit commun (2). Son obligation étant prouvée d'un côté, il doit en effet prouver, d'autre part, le fait qu'il prétend avoir produit l'extinction de son engagement (1315). Demandeur, quant à cette exception de libération, la preuve incombe à sa charge.

Voyez, du reste, l'article 1148, en ce qui concerne la distinction que nous avons faite, quant à la charge de prouver le cas fortuit allégué, entre les cas fortuits en eux-mêmes et ceux qui ne sont pas exclusifs de toute idée de faute.

13. Si le débiteur purgeait sa demeure, soit par des offres satisfactoires, soit par une convention ultérieurement faite

(1) L. 47, § *ult.*, *ff. De leg.*, 1°. — L. 12, § 1, *ff. Ad exhi.* — L. 15, § *ult.*, *ff. De rei vind.*
(2) Voy. 1784, 1808.

avec son créancier et que la chose vînt ensuite à périr, l'obligation serait éteinte, comme s'il n'avait pas été mis du tout en demeure. Et, dans le fait, il ne l'est plus. Il n'a donc alors qu'à prouver le purgement de sa mise en demeure et l'existence du cas fortuit, sans avoir besoin d'établir que la chose fût également périe entre les mains du créancier, s'il l'avait payée.

Alors même qu'il se serait chargé des cas fortuits, en faisant des offres valables suivies de consignation (1), il en serait déchargé, et ne serait désormais responsable que de sa faute. En ce sens, la mise en demeure n'équivaut pas à faute.

En effet, la faute commise par le débiteur a des conséquences irrémissibles que n'a pas sa mise en demeure. Dans le cas d'une simple mise en demeure, il peut se justifier en prouvant que la chose serait également périe chez le créancier; tandis que s'il a commis une faute, tout moyen de justification lui est enlevé. Par exemple, si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée, même par cas fortuit (1881). Mais remarquons qu'il faut qu'il l'emploie ; c'est seulement alors qu'il est en faute. S'il se bornait à la garder, sans l'employer, comme un cheval dans ses écuries, quoique constitué en demeure, il pourrait invoquer l'article 1302, § 2.

Notons encore que la faute n'engage irrémissiblement la responsabilité du débiteur, que dans le cas où elle est en relation avec la perte de la chose due, pour en avoir été, sinon la cause, au moins l'occasion. L'emprunteur qui détourne la chose de son usage convenu, pourra donc décliner toute responsabilité de sa part, en prouvant que la chose fût également périe chez le créancier ou chez lui-même, par une force majeure absolument indépendante de l'usage illégitime qui en a été fait (2).

14. Par exception aux principes généraux et en haine des

(1) Voy. 1257, n° 10.
(2) TROPLONG, *Prêt*, n° 101. — DURANTON, T. 17, n° 520.

voleurs, de quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix. Le voleur est, en effet, mis en demeure, du jour de son vol (1).

Les termes de l'article 1302 indiquent même qu'il n'est pas admis à prouver que la chose fût également périe entre les mains du propriétaire. La loi repousse toute excuse et l'oblige à payer la valeur de la chose, de quelque manière qu'elle ait péri ou ait été perdue. Ces mots absolus, de quelque manière, qui se réfèrent plutôt au mode qu'au temps, ne permettent de faire aucune distinction, soit entre les cas où il y a mise en demeure formelle et ceux où il n'y en a point, soit entre les cas où la perte est arrivée par la faute du débiteur ou sans sa faute, quel que soit le caractère de l'évènement fortuit (2).

L'article 1302 suppose que la chose volée a péri ou a été perdue en totalité. Si elle avait été simplement détériorée, et que le voleur établît que ces détériorations fussent également arrivées en cas que la chose fût restée chez le propriétaire, il lui suffirait de la livrer dans l'état où elle se trouve, sans dommages et intérêts pour cette cause.

Il pourrait encore très certainement, comme tout débiteur, purger sa demeure par des offres satisfactoires ou une convention ultérieure. Il rentrerait alors dans le droit commun.

Comme les dispositions de l'article 1302 sont d'une rigueur exorbitante, il faut en restreindre l'application aux seuls cas de vol, et ne pas l'étendre à ceux d'escroquerie et d'abus de confiance, qui supposent un consentement tel quel de la part du propriétaire. Celui qui s'en serait rendu coupable ne devrait sans doute pas être mis en demeure, pour qu'il fût chargé des risques de la chose ; car sa mauvaise foi suffit pour le constituer de droit en demeure. Mais, en cas de perte, il

(1) L. 20, *ff. De condict. furt.*

(2) Pothier, *Oblig.*, n° 628. — Toullier, t. 7, n° 168. — Marcadé, art. 1303, n° 1. — *Contrà*, Duranton, t. 12, n° 506. — Zachariæ, t. 2, pag. 122, n[te] 6.

serait admis à prouver que la chose fût également périe entre les mains du créancier, si elle lui avait été restituée.

L'article 1302 ne faisant qu'établir une obligation purement civile à la charge du voleur, ses dispositions doivent être appliquées à ses héritiers qui le représentent passivement. Ils seront tenus, comme lui, de payer la valeur de la chose, de quelque manière et dans quelque temps qu'elle ait péri ou ait été perdue (1).

15. Voyons maintenant en quoi consiste l'extinction de l'obligation de donner, par suite de la perte de la chose due, de l'impossibilité physique ou légale d'en opérer la délivrance. Elle est éteinte en ce sens que le créancier ne peut plus la réclamer, puisqu'il n'existe plus rien qui puisse faire l'objet d'un payement. Ainsi, l'usufruitier, le dépositaire, l'emprunteur, le créancier gagiste, tout possesseur enfin de la chose d'autrui, tenu de la rendre à un temps donné, est libéré de cette obligation par la perte de la chose.

Mais si le débiteur est, dans ce cas, libéré de son obligation, il n'en conserve pas moins tous ses droits, chaque fois que les risques de la chose due sont à la charge de l'autre partie. Ainsi, le vendeur, l'échangiste, le donateur sous certaines charges, bien que libérés de l'obligation de délivrer la chose vendue, échangée, donnée, conserveront néanmoins le droit d'exiger le prix de vente, la chose promise en contre-échange, l'exécution des charges de la donation. C'est que la chose périe était passée, par l'effet du contrat, aux risques du stipulant, qui en subit personnellement la perte, sans y gagner d'ailleurs l'extinction de ses engagements.

Par la même raison, la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété, au lieu d'être simplement promise *in futurum*, pour l'avenir, a été déjà apportée à la société (1867). La société devenue propriétaire de cette chose l'a prise à ses risques et périls, et l'associé n'en conserve pas

(1) *Contrà*, TOULLIER, T. 7, n° 168.

moins intacts ses droits dans la société (1), pourvu, toutefois, qu'il ne se soit point chargé des cas fortuits, ou qu'il ne soit pas en demeure.

Comme le contrat de louage laisse la chose aux risques du bailleur, et que le preneur ne s'oblige à payer les fermages qu'à la condition qu'il pourra jouir, si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement (1722).

Mais il en est autrement d'une vente mobilière ou immobilière, ou d'une cession d'usufruit. L'usufruit étant une chose prise en bloc, *semel et simul*, comme disent les docteurs, la chose soumise à l'usufruit est aux risques de l'usufruitier, en ce qui concerne ses droits. Il n'en doit donc pas moins payer le prix convenu (2).

Tout se réduit, en définitive, à une question de risques. Tant pis pour celui qui, ayant la chose à ses risques, vient à la perdre par cas fortuit, soit qu'elle fût dans ses mains ou dans celles de l'autre partie. Il n'en est pas moins tenu de satisfaire à ses engagements personnels.

16. L'obligation de faire s'éteint comme l'obligation de donner, lorsque la prestation qui en était l'objet devient physiquement ou légalement impossible, par suite d'un cas fortuit, d'une force majeure, ou d'une cause étrangère non imputable, qui empêche ou prohibe l'exécution du fait promis. Dans sa plus large acception, la perte de la chose s'étend jusque-là.

C'est ainsi que, indépendamment des autres causes d'extinction expressément ou tacitement convenues, le louage d'ou-

(1) Quant à l'interprétation de l'art. 1867; voy. Toullier, t. 7, nos 451 et suiv. — Duranton, t. 12, nos 498 et suiv. — Zachariæ, t. 3, pag. 73. — Troplong, *Société*, art. 1867. — Duvergier, Delangle, *Sociétés*.

(2) Duranton, t. 12, no 497.

vrage est dissous par la mort de l'entrepreneur, de l'architecte, de l'ouvrier (1795), ou par d'autres accidents qui frappent sa personne d'une incapacité permanente, comme une mutilation, une paralysie (1);

Le mandat, par la mort naturelle ou civile du mandataire, sa déconfiture, à plus forte raison sa faillite, son interdiction (2003), et par tout changement d'état qui le rendrait incapable d'accepter et d'accomplir ses obligations (2);

La société, par la mort naturelle ou civile, par l'interdiction légale ou judiciaire, la déconfiture (1865) ou la faillite (3), la mise sous la surveillance d'un conseil judiciaire de l'un des associés (4), enfin, suivant les circonstances, par une infirmité habituelle qui le rend inhabile aux affaires de la société (1871).

Quant aux obligations de faire qui ne rentrent point dans les termes de contrats nommés, celles qui sont toutes personnelles au débiteur, et ne peuvent indifféremment être accomplies par une autre personne, s'éteignent, suivant la distinction que nous avons faite sous l'article 1122 (5), par tout accident de force majeure qui rend le promettant incapable de les accomplir lui-même.

17. Mais il y a cette différence remarquable, dans les effets de ce mode d'extinction, entre les obligations de donner et les obligations de faire : si les obligations de donner s'éteignent, en général, sans que pour cela le débiteur perde ses droits, l'extinction ainsi produite des obligations de faire, emporte extinction des droits du promettant. C'est que, en effet, dans le cas d'une obligation de donner, la chose due passant aux risques du stipulant, périt pour son compte sans le libérer, tandis que dans le cas d'une obligation de faire, la chose due,

(1) TOULLIER, T. 7, n° 462.

(2) POTHIER, *Mandat.*, n° 111. — DURANTON, T. 18, n° 285. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 135, n° 11.—TROPLONG, *Mandat.*, n° 744 et suiv.

(3) MERLIN, Quest., v° *Société*, § 9. — DURANTON, T. 17, n° 474.

(4) DURANTON, T. 17, n° 474.

(5) Nos 11 et suiv.

c'est-à-dire la prestation du fait, le travail, la main-d'œuvre, la façon, comme chose lui appartenant, reste aux périls et risques du débiteur. Si donc cette prestation devient impossible, même sans sa faute, il est déchargé de ses obligations sans dommages et intérêts, et en même temps déchu du bénéfice de sa stipulation. Il n'aura de droit qu'en proportion de ce qu'il aura fait, si l'obligation a déjà reçu commencement d'exécution utile.

Nous retrouvons l'application de ces principes dans les dispositions des articles 1787 et suivants du Code Napoléon.

Art. 1787 : « Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière. »

Art. 1788 : « Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose. »

Art. 1789 : « Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute. »

Art. 1790 : « Si, dans le cas de l'article précédent, la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu, et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire a réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière. »

On voit que dans les deux cas, la perte de la chose emporte pour l'ouvrier la perte de son salaire, parce que, jusqu'à réception de son travail ou mise en demeure pour le vérifier, ce travail est sa chose, et comme tel demeure à ses périls et risques.

18. Le principe posé dans l'article 1302 s'applique également aux contrats aléatoires. Les engagements de celui qui s'était chargé de la prestation des risques s'éteignent, lorsque, par suite d'un évènement de force majeure, tel que le fait du

prince, et placé en dehors des prévisions des parties au moment de la convention, les risques dont la prestation formait l'objet du contrat, ont été, en les considérant en eux-mêmes et abstraction faite de la circonstance que cette prestation est devenue plus difficile ou plus onéreuse pour l'obligé, complètement dénaturés et transformés au préjudice de ce dernier. L'objet même du contrat n'existe plus, il a péri, et sa perte a entraîné l'extinction des engagements du débiteur, à la différence du cas où, les risques restant exactement les mêmes, il y a seulement aggravation dans le payement. Il faut donc soigneusement distinguer ici ce qui n'est qu'une simple modification dans la prestation et la délivrance de la chose promise, eu égard au payement, de ce qui constitue, au contraire, la substitution de risques imprévus à des risques prévus, c'est-à-dire d'un objet tout différent à un autre objet qui a cessé d'exister.

En voici un exemple remarquable : En 1854, lors de la guerre d'Orient, une loi du 13 avril, rendue après le tirage au sort, mais avant la révision, éleva à cent quarante mille hommes le contingent précédemment fixé à quatre-vingt mille hommes, par une loi du 23 avril 1853, sur la foi de laquelle de nombreux contrats d'assurance avaient été passés. Question de savoir si ces contrats devaient encore recevoir leur exécution. De nombreux arrêts de Cours impériales (1) décidèrent qu'ils étaient résolus. Mais la Cour suprême, par un arrêt de cassation et six arrêts de rejet, rendus le même jour (2), décida qu'ils continuaient d'être obligatoires pour toutes parties. Voici le résumé des motifs de ses arrêts :

En droit, le contrat d'assurance, s'il ne peut être étendu à des risques non prévus par la convention, embrasse du moins, à défaut de stipulations restrictives, tous les risques inhérents à la convention, tels que la guerre ou ses conséquences, et la nécessité d'appeler un plus grand nombre d'hommes

(1) Paris, 26 mai 1854. Sirey, 54, 2, 376, et autres arrêts cités dans Sirey, 1856, 1, 129.

(2) 9 janv. 1856. Sirey, 56, 1, 129.—9 avril 1856. Sirey, 56, 1, 485.

sous les armes. Si l'élévation du contingent a, depuis la convention, renversé les calculs de probabilité, et modifié les combinaisons de gain ou de perte, l'assureur ne peut en tirer objection contre la loi du contrat; c'était à lui à limiter son engagement, et à le restreindre à des chances déterminées. Il y avait, d'ailleurs, des chances contraires, au moment de la convention, soit d'élévation, soit de maintien ou de réduction du contingent, toutes choses qui ont pu entrer dans les prévisions des parties. Le caractère commutatif du contrat implique enfin l'égalité entre les contractants, et, de même que l'assureur ne peut se dispenser de payer la prime, sous le prétexte d'une reduction imprévue du contingent, l'assureur ne peut, par voie de réciprocité, se prétendre affranchi de l'obligation de fournir un remplaçant, sous le prétexte d'une élévation imprévue du contingent. Quant à la loi qui a élevé le contingent, elle n'est point un évènement fortuit, puisqu'elle était dans le domaine constitutionnel du pouvoir législatif, ni un évènement de force majeure, puisqu'elle ne rend pas impossible l'exécution des engagements respectivement contractés.

Cette question de résolution des contrats d'assurance militaire a été, dans son temps, l'objet de trop vifs débats et de trop complètes discussions, pour que nous songions à l'épuiser à notre tour. Nous n'en disons ici notre mot, que parce qu'elle nous semble se rattacher aux principes concernant l'extinction des obligations par la perte de la chose due. L'envisageant sous ce seul rapport, nous pourrons être brefs.

Nous constatons d'abord ce double point: c'est que la Cour de cassation n'aurait pu exercer sa censure sur les arrêts qui auraient décidé en fait et par interprétation des contrats, soit que les parties n'avaient pas entendu charger les assureurs, ni ces derniers se charger eux-mêmes des risques résultant de l'élévation éventuelle du contingent; soit, au contraire, que le contrat d'assurance comprenait, conformément aux prévisions des contractants, tous les risques se rattachant à son objet, et ceux mêmes résultant d'un appel plus considérable; c'est ensuite que la Cour de cassation, jugeant, autant en fait

qu'en droit, s'applique dans ses arrêts à iuterpréter l'acte et à définir la loi du contrat, en faisant constamment entrer dans les prévisions des parties tous les risques inhérents à sa nature et à son objet. Nous ne faisons cette observation que pour montrer combien le fait domine ici le droit, et combien il est difficile de les séparer l'un de l'autre.

Nous supposons donc que le contrat est absolument muet sur ce point, et que l'interprétation elle-même ne peut lui rien faire dire. Or, nous pensons qu'il est alors résolu de droit.

Sans doute l'assurance, considérée dans sa partie commerciale, comprenait tous les risques inhérents à son objet, et les assureurs n'auraient pu demander l'annulation de leurs engagements, à raison de circonstances qui, sans dénaturer les risques prévus, ne faisaient que rendre le payement plus difficile ou plus onéreux. Mais il ne s'agissait pas, au point de vue de la partie essentiellement aléatoire du contrat, d'une simple modification ou aggravation apportée à l'exécution de leurs engagements; il s'agissait d'une véritable transformatiou des risques, résultant de l'augmentation du contingent dans la proportion de quatre à sept, évènement qui, en dehors des prévisions des parties, avait renversé les bases sur lesquelles elles avaient établi leurs combinaisons aléatoires de gain et de perte. Les risques n'étaient plus les mêmes, et comme leur prestation constituait l'objet même du contrat, les engagements de toutes parties étaient éteints par la perte de la chose due.

L'objet de la convention ne consistait pas, en effet, dans un remplaçant à fournir, mais bien dans tels risques à garantir. Or, on ne comprend pas que des risques qui laissent une place à une chance favorable sur deux, soient les mêmes que ceux qui n'offrent plus du tout de chance favorable. Telle était la situation que la loi avait faite aux assureurs; pour eux, plus d'*alea;* il ne leur restait que des chances contraires. Veut-on que le remplaçant à fournir fût l'objet du contrat? Mais il ne devait être fourni que dans les termes d'une convention d'assurance dont le caractère aléatoire équivalait à une condition.

Nous retrouvons ainsi, sous forme d'inaccomplissement de la condition, l'extinction des engagements. Que dire enfin d'une loterie, de laquelle on aurait ensuite retiré les numéros gagnants, ou d'une partie dans laquelle l'un des joueurs, après s'y être engagé, se verrait, malgré lui et en dehors de ses prévisions, condamné à ne pas avoir d'atouts? Voilà le jeu des assurances.

Par voie de réciprocité, ou plutôt de conséquence, nous disons que le contrat serait également résolu au profit des assurés, si, postérieurement, il était intervenu une loi qui eût réduit le chiffre du contingent dans une proportion telle que l'assurance n'eût pas eu lieu, ou eût été faite pour une prime moindre, si l'évènement eût été prévu. Les risques, qui sont les conditions des enjeux, sont, en effet, dans ce cas comme dans l'autre, réellement transformés; il y a une égale mutation de l'*alea*.

Article 1303.

Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce, ou perdue sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier.

Sommaire.

1. Le créancier peut revendiquer ce qui reste.
2. Cas prévu par l'article 1303.
3. Du possesseur de la chose d'autrui qui la vend à un tiers.
4. Nature de cette cession d'actions en indemnité.
5. Des obligations de faire.

COMMENTAIRE.

1. La chose due peut n'être périe, n'avoir été soustraite du commerce, n'avoir été perdue qu'en partie. Il est clair que, dans ce cas, l'extinction de l'obligation n'est que partielle, et que le créancier peut exiger du débiteur le payement de ce qui subsiste. Ce qui reste de ma chose est ma propriété, *meum*

est quod ex re meâ superest (1). Vous me vendez un troupeau qui périt aux trois quarts; vous devez me livrer le reste. Vous me devez une maison que le feu du ciel vient à dévorer; j'ai droit à l'emplacement et aux matériaux.

Ces principes sont tellement élémentaires, que le législateur n'a pas cru devoir les comprendre dans les dispositions de l'article 1303.

2. Il embrasse, en effet, une autre hypothèse. Extrait presque mot pour mot de Pothier (2), il suppose le cas où le débiteur de la chose périe a contre un tiers une action en indemnité, des droits de réparation et de poursuite quelconque par rapport à cette chose.

Voici un cas spécialement prévu par la loi romaine (3) : La chose que je devais vous livrer à titre de vente m'a été violemment enlevée. Je devais sans doute veiller à sa conservation ; cependant, je ne dois rigoureusement que céder au vendeur mon action en revendication, parce que la surveillance ne peut rien contre la force. Et cette action, je dois vous la céder non seulement à votre volonté, mais encore à vos risques et périls, de manière que vous en ayez et le profit et les inconvénients.

Tel serait encore le cas d'une expropriation pour cause d'utilité publique. Il suffirait au débiteur de subroger le créancier à ses droits à l'indemnité.

3. Par application des principes posés par l'article 1303, il faut décider que le possesseur de la chose d'autrui qui la vend, est tenu de restituer le prix au véritable propriétaire, s'il l'a reçu, alors même que la chose fût périe par cas fortuit entre les mains de l'acquéreur, sans préjudice de plus amples dommages et intérêts si le possesseur avait vendu de mauvaise

(1) L. 49, § 1, *ff. De rei vind.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 633.
(2) *Oblig.*, n° 634. — Voy. l. 31, *ff. De act. empt.*
(3) L. 31, *ff. De act. empt.*

foi. S'il ne tenait, en effet, compte du prix, il s'enrichirait aux dépens du véritable propriétaire (1).

Si la chose n'avait péri qu'en partie, le véritable propriétaire, au lieu de revendiquer ce qui reste, et de prendre ainsi, comme propriétaire, les risques de la chose à sa charge, pourrait, suivant son intérêt, opter pour la répétition du prix contre le vendeur.

Mais, s'il revendiquait ce qui reste de la chose, il n'aurait aucun droit au prix, même correspondant à la portion périe, parce que le vendeur en ne le restituant pas, en profite, non aux dépens du véritable propriétaire, mais seulement au préjudice de l'acquéreur évincé, et sauf son recours en garantie.

Au cas de perte, il faut assimiler le cas de prescription. Car le propriétaire est alors également hors d'état de revendiquer sa chose.

Si le vendeur de la chose d'autrui n'était qu'un possesseur intermédiaire qui l'eût acquise lui-même, et qu'elle eût péri entre les mains de l'acquéreur subséquent, il ne serait tenu de rendre compte du prix que dans le cas où il aurait revendu de mauvaise foi. Le seul, en effet, qui s'enrichisse est le premier vendeur ; c'est donc contre lui seul que peut recourir le vrai propriétaire pour obtenir la restitution du prix (2).

4. Le Code parle ici de cession d'actions, de subrogation, ce qui ferait supposer que le créancier, à défaut d'une cession, d'une subrogation expresse, ne pourrait exercer que les droits de son débiteur, conformément à l'article 1166. Telles pouvaient être les règles de notre ancienne jurisprudence, qui n'admettait ni la transmission de la propriété par l'effet seul des contrats, ni la subrogation de plein droit, et s'en tenait à à l'exception, *cedendarum actionum*. Mais, sous l'empire des nouveaux principes, le créancier de la chose due a, directement et personnellement, action contre les tiers qui, par rapport à cette chose, peuvent devoir quelque indemnité pour sa

(1) L. 23, *ff. De reb. cred.* — POTHIER, *Vente*, n° 274.
(2) POTHIER, *Vente*, n° 275

perte ou sa soustraction du commerce. La rédaction de l'article 1303 est donc vicieuse. Au lieu de dire que le débiteur est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder au créancier, il aurait dû dire que le créancier exercera de son chef ces droits et actions (1). Et cette action directe lui appartiendra, à quelque titre qu'il poursuive le tiers contre lequel elle est dirigée.

Il s'ensuit que cette prétendue cession d'actions n'est point une cession-transport qui doive être signifiée au débiteur pour saisir le créancier. Celui-ci est propriétaire de droit et non cessionnaire de la créance. Cependant, comme il s'agit pour lui d'éviter un payement qui pourrait être fait de bonne foi à son préjudice, il peut, par mesure de précaution et de prudence, faire tous actes utiles d'opposition et de protestation pour le prévenir et l'empêcher.

Quant à ces droits et actions en indemnité dont parle l'article 1303, ce sont ceux qui existent contre le tiers par le fait duquel est arrivée la perte ou la soustraction du commerce de la chose due. Il ne faut pas y comprendre les droits que le débiteur pourrait avoir à un autre titre, par exemple, à titre d'assurance. Le créancier ne serait admis à les exercer qu'en vertu d'une cession ou subrogation expresse ou conventionnelle.

5. Ce n'est pas seulement au cas où il s'agit d'une obligation de donner, que le créancier peut directement faire valoir contre les tiers ses droits et actions en indemnité. L'action directe en réparation du dommage lui compète également, lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, dont la prestation a été rendue impossible par le délit ou le quasi-délit d'un tiers. Et cette action s'exercera indépendamment de celle que peut avoir le débiteur lui-même pour la même cause.

Comme alors la poursuite dirigée par le créancier a pour objet la réparation d'un dommage, et qu'elle se fonde sur l'ar-

(1) TOULLIER, T. 7, n° 476.

ticle 1382, il importe peu que le tiers, en commettant le délit ou le quasi-délit, ait eu ou non précisément en vue de rendre, par voie de conséquence plus ou moins prochaine, l'accomplissement du fait promis impossible. Cette distinction ne pourra, du moins, être utile que lorsqu'il s'agira, en fait, de rattacher le dommage souffert par le créancier au délit ou au quasi-délit, comme une de ses suites directes et immédiates.

SECTION VII.

DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION DES CONVENTIONS.

ARTICLE 1304.

Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. — Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts, et, pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage. — Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée; et, à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité.

Sommaire.

1. Importance de l'article 1304.
2. Des actions en nullité et en rescision sous notre ancien droit.
3. Des lettres de rescision.
4. Sens de ces mots : *voies de nullité n'ont point de lieu.*
5. Exceptions du droit romain.
6. Durée des actions en restitution.
7. Des actions en rescision et en nullité sous le Code Napoléon.
8. Sens des mots nullité et rescision. Rapprochement et comparaison des deux actions.
9. Opinion de M. Toullier rejetée.
10. Nullités de droit, de plein droit. Sens de ces expressions.
11. De la nullité en général.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1304 est un des articles les plus importants du Code Napoléon, dans la pratique et dans la théorie des obligations. Soit qu'il s'agisse d'apprécier dans leur principe les actions en nullité ou en rescision, soit qu'il s'agisse de les examiner dans leur exercice, leurs conséquences et leur durée, il se présente une foule de questions difficiles et délicates.

2. Nous devons commencer par préciser le sens des expressions employées par la loi, et déterminer ce qu'on doit entendre par action en nullité ou en rescision. Ceci nous oblige à jeter un coup d'œil sur notre ancien droit français; car ces mots, action en nullité ou en rescision, n'ont pas aujourd'hui le même sens qu'autrefois.

Sous notre ancienne jurisprudence, l'action en nullité était celle par laquelle on demandait l'annulation d'une obligation, dont la nullité était déclarée, soit par l'ordonnance, soit par la coutume. Nous citerons comme exemple, l'obligation contractée par une femme mariée, sans l'autorisation de son mari.

La nullité d'une semblable obligation existait de plein droit, et par l'autorité des ordonnances ou des coutumes.

L'action en rescision, au contraire, était celle par laquelle on demandait la révocation d'une obligation qui, sans être nulle d'après les dispositions formelles du droit, était cependant susceptible de rétractation, comme violant les principes généraux du droit et de l'équité. Telle était l'obligation entachée d'erreur, de dol, de violence, de lésion, de minorité, et autres causes semblables de restitution, dont l'appréciation était abandonnée à la prudence des juges (1).

Ces actions étaient aussi fort différentes entre elles, quant à leurs causes. Elles ne différaient pas moins l'une de l'autre, quant à la manière dont elles devaient être intentées, et quant à la prescription à laquelle elles étaient soumises.

3. S'agissait-il d'une action en nullité, elle se portait directement et immédiatement devant la juridiction compétente. Au contraire, lorsqu'il était question d'une action en rescision, il fallait, avant de porter l'action devant la justice, obtenir préalablement des lettres de chancellerie, qu'on appelait lettres de rescision. Elles se délivraient, au nom du roi, sur simple exposé du fait, dans les chancelleries établies près des Cours souveraines. Elles se donnaient sans connaissance de cause, et ne formaient ainsi aucun préjugé sur le fond du droit. Elles n'étaient, en quelque sorte, qu'une carte d'admission de l'action, sauf aux juges à qui elles étaient adressés à examiner si la cause de rescision alléguée était juste et véritable. Ces lettres de chancellerie étaient toujours adressées à des juges royaux. Les juges des seigneurs ne pouvaient jamais connaître des actions en rescision, qu'on appelait aussi, à raison de leurs conséquences, restitutions en entier (2).

Pour en donner une idée plus exacte, nous transcrivons ici

(1) Voy. Argou, *Instit.*, ch. 14, *Des restitutions en entier*, t. 2, pag. 400. — Merlin, Rép., v° *Rescision*, n° 1. — Duranton, t. 12, n°s 515-520. — Toullier, t. 7, n°s 522-525.

(2) Argou, t. 2, pag. 401.

une des formules employées dans les lettres de rescision que nous avons sous les yeux. « Louis..., à notre sénéchal de la Marche, ou son lieutenant-général, à Guéret. De la part de N..., il nous a été exposé... (*suit le précis du fait*)... A ces causes, voulant subvenir à nos sujets, suivant l'exigence des cas, nous vous accordons que, les parties dûment assignées pardevant vous, s'il vous appert de ce que dessus, et notamment que par l'acte dont il s'agit, l'exposant soit lésé d'outre moitié et d'autres choses, tant que suffire doive; vous, en ce cas, sans avoir égard audit acte dudit jour, 10 janvier 1766, que nous ne voulons nuire ni préjudicier à l'exposant, et dont, autant que besoin est et sera, nous l'avons relevé et relevons par les présentes, remettiez les parties en tel et semblable état qu'elles étaient auparavant ledit acte; car tel est notre plaisir. Donné à Paris, en la chancellerie de notre palais, et sous le scel d'icelle, le 12 mars 1768. Par le conseil (*suit la signature*). »

Les jurisconsultes français avaient donc posé le principe qu'il n'y avait que le roi qui pût accorder le bénéfice de la restitution en entier; et les politiques s'en étaient emparés dans un but de finance, et surtout d'agrandissement de la puissance royale, au préjudice des seigneurs dont les juges ne pouvaient jamais connaître des demandes en rescision.

1. L'absolue nécessité de prendre des lettres de rescision avait fait passer comme maxime dans notre droit français, que voies de nullité n'ont point de lieu (1). Ce qui voulait dire que l'on ne pouvait opposer l'exception de nullité, sans avoir préalablement obtenu des lettres de rescision, à moins que la nullité n'eût été prononcée par l'ordonnance ou la coutume. Dans ce dernier cas, les lettres n'étaient point exigées, soit pour intenter l'action, soit pour opposer l'exception; ce qui n'empêchait pas d'en prendre souvent, pour plus grande précaution (2).

(1) Loisel, *Instit.*, liv., 5, tit. 2, n° 5. — Argou, t. 2, pag. 401.
(2) Argou, *ibid.*

5. Dans l'obligation imposée par notre ancienne jurisprudence de se faire délivrer en chancellerie de palais des lettres de rescision, nous retrouvons la pensée des exceptions et des restitutions prétoriennes, sous le droit romain. On sait, en effet, que sous l'empire de ses principes, toute obligation qui n'était pas déclarée nulle expressément par le droit civil, *jure* ou *ipso jure*, ne pouvait être annulée ou rescindée qu'au moyen des exceptions de dol, de crainte, d'erreur, *doli mali, metûs, erroris causâ*, qui étaient accordées par le prêteur, suivant la nature du vice dont l'existence était alléguée (1).

On sait encore que la restitution en entier était un bénéfice introduit par le prêteur, en faveur de tous ceux qui avaient été lésés, dans un acte valable, suivant les principes rigoureux du droit civil, mais qui offenserait les règles de l'équité naturelle, en ce que l'une des parties avait été victime de la violence, de l'erreur, du dol, de son absence ou de la faiblesse de son âge (2).

6. Quant au temps durant lequel la restitution en entier devait être demandée, il était d'abord d'une année utile. Justinien l'étendit à quatre ans continus (3).

Sous notre ancien droit français, l'action en rescision paraît n'avoir été, dans le principe, soumise qu'à la prescription de trente ans. Plus tard, l'ordonnance de 1510, donnée à Lyon par Louis XII, la déclara prescriptible par dix ans. Son article 46 porte que, « afin que les domaines et propriétés des choses ne soient incertaines et sans sûreté ès-mains des possesseurs d'icelles, si longuement qu'ils l'ont été ci-devant, il est ordonné que toutes rescisions de contrats ou d'autres actes fondées sur dol, fraude, circonvention, crainte, violence ou

(1) Voy. Instit., *De except.* — *ff.*, tit. *Quod metûs causâ* — *ff.*, tit. *De dolo malo.*

(2) Voy. *ff.*, tit. *De in integ. restitut.* — *ff.*, tit. *De minor. viginti quinq. ann.* — *ff.*, tit. *Ex Quib. caus. maj. viginti quinq. ann. in integ. restit.* — C., tit. *De in integ. restit. minor. viginti quinq. ann.*

(3) C. *De temp. in integ. restit.*

déception d'outre moitié de prix se prescriront dorénavant par le laps de dix ans continuels. » Cependant la prescription courait, soit de la date du contrat, soit de la cessation de la violence ou de la découverte du dol.

François Ier répéta cette disposition dans son ordonnance de 1535, chapitre 8, article 30.

Il ne suffisait même pas d'avoir obtenu en chancellerie les lettres de rescision dans les dix ans ; il fallait en outre en poursuivre l'entérinement dans ce délai (1).

Quant à l'action en nullité, elle ne se prescrivait, en général, que par trente ans. Cependant, dans le cas même où la nullité était déclarée par l'ordonnance ou la coutume, pour cause de minorité, l'action se prescrivait, suivant quelques auteurs, par dix ans, à partir de la majorité, comme au cas de rescision pour lésion. L'ordonnance de 1539, dite de Villers-Cotterets, leva tous les doutes par son article 134, qui ordonna que, après l'âge de trente-cinq ans parfait et accompli, le majeur ne pourrait plus déduire ni poursuivre la cassation des contrats faits en minorité, en demandant ou en défendant, soit par voie de nullité.

7. La loi du 7 septembre 1790, articles 20 et 21, en supprimant les chancelleries, disposa que désormais les actions en rescision comme celles en nullité seraient portées directement devant les juges compétents. De ce moment-là les lettres de rescision ont été abolies, et il n'y a plus eu de différence entre les actions en rescision et les actions en nullité, quant à la manière de les intenter.

D'autre part, le Code Napoléon en disposant que les unes et les autres durent dix ans, a effacé la différence qui autrefois existait entre elles sous le rapport de la prescription.

8. Cependant, en examinant divers textes de la loi nouvelle, on voit que le législateur tantôt oppose l'action en nullité à l'action en rescision, et tantôt place ces deux actions exacte-

(1) Valin, *La Rochelle*, art. 24, n° 155.

ment sur la même ligne. Ainsi, nous trouvons dans les articles 887, 888, 891, 892, 1305, 1674, 1683, le mot de rescision appliqué aux actes viciés de lésion, de violence et de dol. D'un autre côté, les articles 1110, 1111, 1113, 1116 font expressément de l'erreur, de la violence et du dol des causes de nullité; et l'article 1117, confondant les deux actions pour repousser toute nullité de plein droit, ajoute que l'erreur, la violence et le dol donnent lieu à une action en nullité ou en rescision.

S'agit-il d'incapacité, nous retrouvons encore le mot de nullité, quant à la femme mariée, dans l'article 225, et quant à l'interdit, dans l'article 502. Et, s'il s'agit de tout autre vice, c'est encore le mot de nullité que la loi emploie de préférence. A cet égard, les textes sont si nombreux qu'on en rencontre presque à chaque page, dans la matière des contrats.

Nous voyons enfin que le législateur applique indifféremment le mot de restitution, pour les caractériser sans doute par leurs conséquences, aux actions en nullité ou en rescision (1115, 1306 et suiv.).

Nous ne relevons que les expressions les plus saillantes; car il en est d'autres qui sont également employées comme synonymes et équivalentes. En résumé, le législateur se sert indifféremment du mot de restitution, pour qualifier dans leurs résultats l'action en rescision et l'action en nullité. Il emploie exclusivement le mot de rescision pour caractériser l'action en rétractation ou révocation; en un mot, l'attaque (car il se sert aussi de ce terme), dirigée contre une obligation entachée de lésion. Il faut même remarquer que dans ce cas l'expression de nullité n'est jamais employée. S'agit-il d'une attaque dirigée contre une obligation viciée d'erreur, de violence ou de dol; il se sert indifféremment de ces termes, action en nullité ou en rescision. Il emploie enfin toujours exclusivement le mot de nullité, pour signifier l'invalidité des contrats et des clauses particulières prohibées par la loi, alors même que cette prohibition se fonde en principe sur une présomption de lésion au préjudice de l'un des contractants (1811, 1855, 2078 et 2088).

En rapprochant le droit nouveau de l'ancien droit, on voit d'abord que la distinction qu'il convient d'établir aujourd'hui entre l'action en nullité et l'action en rescision, ne correspond pas à celle que l'ancienne jurisprudence avait consacrée.

Il résulte ensuite de la diversité des causes qui donnent ouverture à l'une et à l'autre action, qu'il faut éviter dans la pratique la même confusion que repousse la théorie. S'agit-il d'une action en nullité, le demandeur qui attaque l'acte n'a qu'à prouver l'absence des conditions exigées par la loi pour sa validité; de telle sorte que le juge ne peut, cette preuve une fois faite, se dispenser de prononcer la nullité de l'obligation, quand bien même la partie qui prétend revenir contre n'a éprouvé aucune sorte de lésion ni de préjudice.

S'agit-il, au contraire, d'une action en rescision, comme le fondement de cette action repose sur l'existence d'une lésion quelconque, le demandeur doit prouver que cette lésion existe dans la mesure déterminée par la loi. Et, quand cette preuve est faite, la rescision doit être prononcée, quand bien même l'obligation serait irréprochable sous tous les autres rapports.

Cette différence dans le principe de l'une et l'autre action conduit à des conséquences bonnes à constater. Le fait sur lequel se fonde l'action en nullité, c'est-à-dire l'absence des conditions essentielles à la validité de l'obligation, est de sa nature irréparable, du moins en l'absence de toute confirmation ou ratification. Au contraire, le fait sur lequel se fonde l'action en rescision, c'est-à-dire l'existence d'une lésion quelconque, est de soi parfaitement réparable. Aussi, la loi autorise-t-elle le défendeur à arrêter l'action en rescision par l'offre d'une indemnité qui efface la lésion (891, 1681).

Il s'ensuit encore que le demandeur ne peut, en appel, changer la nature de l'action soumise aux premiers juges, substituer une action en nullité à une action en rescision, ou une action en rescision à une action en nullité. Les causes en sont en effet essentiellement différentes (1).

(1) Merlin, Rép., v° *Nullité*, § 9. — Toullier, t. 7, n° 530. — Zachariæ, t. 2, pag. 126.

Une autre différence, c'est qu'aux termes de l'article 1118 la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats, ou à l'égard de certaines personnes. L'action en rescision n'est donc accordée quelquefois qu'à titre de privilége personnel; et nous verrons sous l'article suivant que c'est à ce titre qu'elle est accordée en général aux mineurs émancipés ou non; tandis, au contraire, que l'action en nullité est donnée uniformément au même titre à toutes les personnes fondées à s'en prévaloir.

9. M. Toullier (1) prétend établir d'autres différences essentielles entre l'action en nullité et l'action en rescision. Mais ces différences ne sont, en définitive, basées que sur les apparences extérieures des conventions attaquées, sur la facilité plus ou moins grande de prouver le fait qui donne lieu à l'action en nullité ou en rescision. Elles n'existent pas en réalité; car la valeur d'un acte doit s'apprécier en soi et indépendamment des circonstances qui peuvent plus ou moins voiler et dissimuler le vice dont il est entaché au fond. Le titre attaqué ne sera donc pas plus susceptible d'exécution provisoire dans un cas que dans l'autre, et ne méritera ni plus ni moins d'être pris en considération pour caractériser la possession du défendeur, soit qu'on l'attaque pour cause de nullité ou de rescision. Si, sous l'ancien droit, ainsi que le déclarent Bourjon et Duparc-Poullain, cités par M. Toullier, la provision était pour le titre même rescindable, jusqu'à ce que la rescision en eût été prononcée par jugement passé en force de chose jugée, cette exécution provisoire ne résultait que de la nécessité de prendre préalablement des lettres de rescision. Mais aujourd'hui que l'acte simplement rescindable est attaqué directement de la même manière que l'acte nul, il n'y a à établir entre eux aucune différence, quant à l'illégitimité de leur exécution provisoire. L'action en nullité et l'action en rescision en suspendent également l'exécution.

(1) T. 7, nos 527 et suiv.

10. Le plus souvent, la loi, en prononçant la nullité de certains actes, se borne à les déclarer nuls. Quelquefois elle les déclare nuls de droit ou de plein droit. L'addition de ces mots ne veut pas dire qu'ils sont si parfaitement nuls qu'il ne soit pas nécessaire d'en faire prononcer la nullité par jugement. Toute déclaration de nullité ne donne lieu, en effet, qu'à une action en nullité, et l'addition de ces mots, de droit ou de plein droit, n'a d'autre but que de signaler en termes plus énergiques la volonté du législateur. Ils ne sont qu'une superfluité de rédaction, par réminiscence des principes du droit romain, qui opposait les nullités de droit, *jure, ipso jure,* aux exceptions et restitutions prétoriennes, et de notre ancien droit français, qui opposait aux actions pour cause de rescision les actions pour cause de nullité de droit ou de plein droit, prononcée par l'ordonnance ou par les coutumes. Ils prouvent seulement que le législateur moderne, en continuant l'usage d'expressions qui ne sont aujourd'hui qu'une redondance sans valeur, n'a pas approprié son langage aux innovations qu'il a introduites dans les principes de notre nouveau droit.

11. Ces observations nous ramènent à un examen plus approfondi de la théorie des nullités. La nullité est l'invalidité d'un acte qui contrevient aux dispositions de la loi, soit qu'elle commande ou qu'elle prohibe. Mais nous commençons par observer que nous ne nous en occupons ici qu'en ce qui concerne les obligations, et que nous ne traiterons point des nullités qui s'appliquent, soit aux actes de procédure, soit aux actes destinés à établir la preuve des contrats.

La nullité d'une obligation suppose nécessairement l'existence d'un vice dont elle est entachée. Or, les vices qui peuvent affecter une obligation correspondent eux-mêmes aux conditions essentielles à sa validité. Il y a donc les vices de consentement, erreur, dol, violence; les vices de capacité, minorité, interdiction, mariage, dation d'un conseil judiciaire, démence de fait; les vices d'objet, son inexistence, son indétermination, sa soustraction du commerce; les vices de cause, faus-

seté ou absence de cause, infractions à l'ordre public, aux bonnes mœurs, aux prohibitions de la loi. Mais nous rappelons qu'il ne faut pas confondre avec l'ordre public l'intérêt général ; que celui-là est un obstacle à la validité du contrat sans disposition spéciale, tandis que celui-ci n'est une cause d'invalidité qu'au moyen d'une disposition particulière expresse.

C'est surtout en matière d'obligations que la loi a pris soin de déclarer, par des dispositions spéciales, la nullité des actes faits contrairement à ses prohibitions ou à ses commandements. Aussi, la question de savoir quand il y a nullité ne présente-t-elle pas ici autant de difficulté et de doute que dans les autres matières, où, en l'absence d'une disposition textuelle qui prononce la nullité, le jurisconsulte est obligé de la résoudre par l'application des principes généraux du droit, ou par l'appréciation de l'infraction commise, eu égard à sa nature, à la pensée du législateur et au but particulier de la prohibition ou du commandement. Alors se présente la théorie si abstruse des conditions substantielles ou accidentelles, de celles dont l'omission entraîne ou n'entraîne pas la nullité de l'acte, suivant le but et le dessein du législateur.

12. En se plaçant au point de vue des intérêts que les prohibitions ou les commandements de la loi ont pour objet de protéger, on divise les nullités en plusieurs espèces. Les unes sont de droit public ou de droit privé, suivant qu'elles puisent leurs motifs dans des raisons d'ordre public ou d'intérêt privé.

Elles sont encore absolues ou relatives ; absolues, lorsqu'elles peuvent être proposées par toutes parties intéressées ; relatives, lorsque certaines personnes seulement sont admises à s'en prévaloir, sans que d'autres puissent les leur opposer. Le Code Napoléon déclare d'une manière expresse quelques nullités relatives. Mais de ce que, dans certains cas, il prononce la nullité de l'acte sans lui attribuer expressément le caractère de nullité relative, il ne faut point conclure que cette nullité doive toujours être considérée comme absolue. En l'absence d'une disposition spéciale, et nonobstant cette

absence, beaucoup de nullités ne laissent pas d'être simplement relatives. Et, pour apprécier leur véritable caractère, il faut se reporter aux motifs sur lesquels elles sont fondées. Si elles reposent sur une raison d'ordre et d'intérêt publics, elles doivent être considérées comme absolues; mais lorsqu'elles reposent uniquement sur une raison de protection particulière en faveur et en considération de l'une des parties, elles sont, dans ce cas, simplement relatives (1).

Quant à la nullité résultant de l'omission des formes prescrites pour la validité de l'acte, elle est absolue lorsque les formes omises ou violées ont été exigées pour la régularité de l'acte, en tant qu'il sert de preuve à la convention; mais elle est relative, si elles ont été prescrites comme garantie plus grande et comme moyen particulier de protection en faveur de l'un des contractants (2).

Quelquefois la loi qualifie de nullité l'inefficacité de certains actes qui, sans cesser d'être valables entre les contractants, sont déclarés nuls par rapport aux tiers. Telle est la nullité de la vente de la chose d'autrui, du moins dans le cas où les parties elles-mêmes ne peuvent s'en prévaloir (1599); telle est la nullité des donations déguisées ou faites à personnes interposées (1099); telle est même la réductibilité des donations excessives (920, 1099); car la réduction équivaut à nullité pour tout ce qui excède la portion disponible. Il ne faut point confondre les nullités de cette espèce avec celles dont s'occupe l'article 1304, ni même avec celles dont nous traitons ici en général, lesquelles existent principalement à l'égard des parties, de leurs héritiers, successeurs et ayants-cause. Elles s'en distinguent essentiellement par leur caractère propre, par la nature des motifs sur lesquels elles sont fondées, et des droits en faveur desquels elles sont établies. Les actes auxquels elles s'appliquent ne sont, en effet, déclarés nuls qu'à l'égard des

(1) TOULLIER, T. 7, n°s 553 et suiv.

(2) TROPLONG, *Prescript.*, n°s 900 et 901.—ZACHARIÆ, T. 2, pag. 430, n^{te} 14.

tiers, aux droits desquels ils porteraient atteinte, s'ils leur étaient opposables. Aussi, sont-elles toujours relatives, à raison du caractère propre et personnel des droits en considération desquels elles existent; et elles sont alors proposées bien moins par voie d'action en nullité proprement dite, que par voie d'exception fondée sur l'inefficacité de l'acte à leur égard, lorsque les tiers les font valoir pour la conservation de leurs droits.

13. Indépendamment du caractère absolu ou relatif de la nullité, on peut établir une sorte de gradation, quant à l'invalidité dont un contrat peut être atteint. Au-dessus du contrat déclaré nul, on rencontre le contrat réputé non existant. Nous entendons par là tout acte qui, étant destitué des conditions essentielles à son existence de fait, établit par lui-même qu'il n'a aucun caractère obligatoire, dans l'intention même des contractants. Un pareil acte n'est pas seulement susceptible d'annulation; ce n'est pas seulement à une action en nullité qu'il donne lieu. Par cela même qu'il est réputé non existant, sa non existence dispense de toute déclaration de nullité, et les juges, sur la demande des tiers étrangers, ou même d'office, peuvent la déclarer et la reconnaître (1). Telles sont les conventions faites avec un insensé, dans l'accès même de sa démence; avec un enfant qui n'a pas même l'âge de raison (2); une vente sans prix, sans détermination d'objet, ou dont l'objet n'existe pas ou a péri au moment du contrat (3); toutes celles enfin qui, étant ridicules et non sérieuses, n'ont aucune force juridique, même apparente (4).

Mais, quels que soient les vices dont il est entaché, quelque visible et flagrante qu'en soit la nullité, un contrat ne pourra être réputé non existant, lorsque les parties l'auront formé dans l'intention de réellement s'obliger. La nullité devra, sui-

(1) ZACHARIÆ, T. 1, pag. 66. — DURANTON, T. 12, n° 551.
(2) Instit., *De inut. stip.*, § 10. — Voy. 1124, n°s 11 et 12.
(3) DURANTON, *ibid.* — ZACHARIÆ, *ibid.*
(4) Voy. 1101, n° 1.

vant la règle générale, en être prononcée, dans ce cas, par jugement. Jusque là, l'acte se soutient par sa seule apparence, et, quelque absolue qu'en soit la nullité, elle a besoin d'être déclarée.

Ce que dit M. Toullier (1) de la nullité absolue nous paraît donc fort exagéré, et ne nous semble vrai, dans le sens où nous prenons cette expression de nullité absolue, que des seuls actes considérés comme inexistants. Nous croyons que la distinction entre la nullité absolue, pour quelque cause qu'elle soit déclarée, et la non existence, est puisée dans la nature même des choses, et repose sur les véritables principes relatifs à l'annulation des contrats. Quoi qu'il en soit, nous aurons à y revenir lorsque nous traiterons de la confirmation, de la ratification, de l'exécution volontaire. Nous examinerons alors, en appréciant les divers motifs sur lesquels sont fondées les différentes nullités, si, dans tous les cas, elles s'opposent à ce qu'un acte soit valablement confirmé.

14. Les actions en nullité ou en rescision se donnent contre les tiers possesseurs et acquéreurs, de même que les actions en révocation ou en résolution pour inexécution des charges, conditions et engagements de la part de l'une des parties. Elles sont *rei persecutoriæ*, elles poursuivent la chose, dans quelques mains qu'elle passe.

Elles sont de même personnelles-réelles, c'est-à-dire mixtes dans la pure acception du mot, comme tendantes également à la dissolution de l'obligation et à la revendication de la chose (2).

Elles sont enfin divisibles ou indivisibles, suivant la nature de l'objet auquel elles s'appliquent.

Comme nous avons traité avec détail, sous l'article 1184 (3), ces questions de divisibilité en ce qui concerne les actions en résolution, nous nous bornons à y renvoyer.

Nous observons, toutefois, que l'on ne doit pas appliquer

(1) T. 7, nos 557 et suiv.
(2) Voy. 1136, no 16.
(3) Voy. 1184, nos 75 et suiv. — *Infrà*, no 17.

aux actions en nullité ou en rescision les dispositions de l'article 717, C. de pr. civ., d'après lesquelles l'adjudicataire ne peut être troublé dans sa propriété par aucune demande en résolution, fondée sur le défaut de payement du prix des anciennes aliénations, à moins qu'avant l'adjudication la demande n'ait été notifiée au greffe du tribunal où se poursuit la vente. L'exception que contient cet article doit, en effet, être strictement renfermée dans ses termes.

15. La nullité ou la rescision, régulièrement prononcée en justice, a pour effet de remettre les parties au même et semblable état qu'avant la convention, conformément à l'article 1183 (1), sauf les modifications que nous signalerons sous l'article 1312, en ce qui concerne les restitutions à faire par les mineurs, les interdits et les femmes mariées; sauf aussi les différences, que nous avons déjà signalées plus haut, entre les effets de la condition résolutoire et ceux de la rescision ou de la nullité, en ce qui concerne la rétroactivité appliquée aux contrats successifs (2).

L'annulation du contrat laisse, néanmoins, subsister les relations de fait qui ont existé entre les parties, et il reste dès lors à déterminer les obligations respectives qui en résultent pour chacune d'elles (3).

16. Lorsque le contrat dont on poursuit la nullité ou la rescision contient plusieurs chefs distincts et indépendants, l'annulation se borne à celui ou à ceux qui sont particulièrement entachés du vice qui fonde l'action. S'ils sont, au contraire, tellement dépendants les uns des autres qu'on ne puisse les séparer sans violer la volonté commune des contractants, chaque partie peut alors demander l'annulation pour le tout (4). La jurisprudence offre de nombreux exemples de l'application de ce principe (5).

(1) Voy. 1183, n° 73.
(2) Voy. 1183, n° 74.
(3) Voy. 1183, n° 74 et suiv.
(4) Toullier, t. 7, n° 593.
(5) Voy. 1130, n° 32.

17. Mais les actions en nullité ou en rescision sont essentiellement différentes, sous d'autres rapports, des actions en résolution. Si on les considère dans leur principe, on voit d'abord que les premières se distinguent des autres, en ce que l'acte nul ou rescindable est annulé ou rescindé par suite d'un vice qui l'affecte *ab initio*, dès sa formation, tandis que l'acte résoluble est résolu par suite d'une cause de résolution survenue postérieurement, soit qu'elle ait été prévue d'une manière expresse ou tacite, au moment où le contrat a été régulièrement formé.

Considérées dans leurs conséquences, elles produisent encore des effets différents. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une action de cette dernière espèce, le défendeur peut exiger, si l'on suppose une vente, que tous les vendeurs conjoints ou tous les héritiers de vendeur soient mis en cause, afin de se concilier entre eux pour la reprise entière de la chose (1670). Et l'article 1685 déclare cette disposition également applicable au cas d'une action en rescision pour lésion. Ce droit, conféré au défendeur, se justifie ici par cette considération : C'est qu'en cas de résolution, il y a dans le principe un contrat valable et régulier, et que son inexécution ne met pas, néanmoins, la partie qui s'en est rendue coupable hors la loi et l'équité ; c'est qu'en cas de lésion, la rétractation du contrat n'a d'autre but que de réparer le dommage causé au vendeur, et que cette réparation qui lui est accordée ne doit pas être pour l'acquéreur une cause de préjudice. Ainsi se concilient les droits et les intérêts des parties.

Mais dans les autres cas de rescision ou de nullité, les mêmes considérations ne sauraient prévaloir, soit parce qu'il s'agit d'un contrat que la loi réprouve dans des vues d'ordre public et d'intérêt général, soit parce que le législateur, en ouvrant l'action, s'est exclusivement préoccupé des droits et des intérêts du demandeur. Le défendeur ne pourra donc exiger que la chose entière soit reprise par ce dernier, sous prétexte qu'il a voulu l'avoir dans sa totalité, ou ne rien avoir u tout. Autrement, telle serait la situation faite au deman-

deur que, pour obtenir l'annulation du contrat, il serait obligé de commencer par en subir l'exécution contre lui-même.

Le défendeur ne pourra donc l'exiger, et il sera forcé de répondre à l'action divisée en nullité ou en rescision, de même que son adversaire ne peut l'exercer que suivant la portion virile qu'il a dans la chose. Il pourra seulement, dans le cas où il aura été de bonne foi en contractant, se prévaloir ultérieurement de l'éviction partielle qu'il aura soufferte, pour demander que les autres soient condamnés à reprendre le surplus de la chose demeuré dans ses mains. S'il avait été de mauvaise foi, il ne pourrait le demander; car il serait alors censé s'être, volontairement et avec connaissance, exposé aux risques de la rescision ou de la nullité du contrat divisément prononcée en faveur de l'une ou de quelques-unes des parties, à moins qu'il n'eût légalement stipulé de la part des autres quelques garanties particulières, en vue de cette éventualité.

18. C'est surtout sous le rapport de la prescription que les actions en rescision ou en nullité diffèrent des actions en révocation ou en résolution. Ces dernières durent, en effet, aussi longtemps que l'action en payement qui naît du contrat. Elles ne sont ainsi soumises qu'à la prescription trentenaire. Les autres, au contraire, durent dix ans, suivant les dispositions de l'article 1304, dans tous les cas où elles n'ont pas été limitées à un moindre temps par une disposition particulière, comme l'action en rescision de vente pour lésion de plus des sept-douzièmes, laquelle n'est pas recevable après l'expiration de deux années à compter du jour de la vente; et ce délai court même, sans suspension, contre toutes personnes (1676). En règle générale, toute action en nullité ou en rescision est donc soumise à une prescription décennale.

Si le législateur a abrégé pour ces actions la durée de la prescription ordinaire qui est de trente ans, c'est qu'un laps de dix années lui a semblé parfaitement suffisant pour mettre les parties intéressées à même d'attaquer un contrat qu'elles ont formé elles-mêmes, et à l'égard duquel elles ne sauraient

prétexter cause d'ignorance. L'intérêt public exige d'ailleurs que les relations de la vie civile offrent le plus de fixité et de solidité possible, et que la propriété ne reste pas trop longtemps soumise à de déplorables incertitudes. Toutes les prescriptions, quelles qu'elles soient, ne reposent pas sur autre principe.

19. Sauf les exceptions que nous allons examiner, la prescription de dix ans commence du jour du contrat. L'article 1676 le dit expressément du cas de lésion, et ses dispositions ne sont en ce point que la consécration d'une règle commune. Il est même indifférent qu'il y ait terme convenu pour l'exécution. Le point de départ de la prescription sera toujours la date du contrat, et non le jour où il aura commencé à recevoir son exécution (1).

20. Mais ce délai de dix années ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts; et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage. Le temps ne court à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée; et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité (1304). Voilà les exceptions, et à raison du nombre des vices particuliers qui y donnent lieu, elles reçoivent dans la pratique une application plus fréquente que la règle générale elle-même.

On comprend sans peine ce que la loi entend par cessation de la violence; c'est le moment où la partie contractante a repris sa liberté naturelle, et n'a plus été soumise à la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

Autrefois on était dans l'usage de protester pardevant notaires, avant ou après le contrat, pour marquer qu'il n'était point volontaire et était arraché par la violence. Il arrivait

(1) TOULLIER, t. 7, n° 603 et 604. — DURANTON, t. 12, n° 533.

même quelquefois que la partie, après avoir signé ses protestations, les déposait enveloppées et scellées, afin que les notaires n'en refusassent point le dépôt, par crainte d'adversaires puissants. Elles n'étaient point sans doute par elles-mêmes des preuves péremptoires, mais elles étaient utiles pour faciliter la permission d'informer et l'admission des autres présomptions (1). On peut encore en user aujourd'hui, sauf aux juges à y avoir tel égard que de raison. Mais elles n'auront point pour effet de déterminer le point de départ de la prescription décennale, soit qu'il s'agisse de l'avancer ou de le reculer. Il doit être fixé, indépendamment de toute protestation, au moment où la violence a cessé.

21. Que faut-il entendre par découverte de l'erreur ou du dol? L'erreur de fait ou de droit, sans autres circonstances, est un fait ordinairement simple. Mais il n'en est pas de même du dol, qui suppose un enchaînement et une complication de manœuvres frauduleuses. Le plus souvent il ne se découvre pas tout d'un coup; il apparaît graduellement, et se révèle peu à peu, avec une succession de détails qui se complètent les uns les autres. On le sent avant même de l'entrevoir, et on l'entrevoit avant de pouvoir s'en rendre un compte précis et exact.

Faut-il donc entendre la découverte de l'erreur et du dol, en ce sens qu'ils ne sont réputés découverts que lorsque la partie qui en a été victime a mis pleinement sous ses yeux, après en avoir recueilli tous les indices et toutes les preuves, les circonstances de l'erreur où elle est tombée, et les diverses manœuvres qui constituent le dol pratiqué à son égard? Ce serait exagérer le sens de l'article 1304. Découvrir l'erreur et le dol n'est, en effet, autre chose qu'en connaître, en apprendre l'existence; ce qui ne suppose pas nécessairement de la part de la personne qui les a découverts, la connaissance acquise, avec preuves à l'appui, de toutes leurs circonstances et de tous leurs détails. C'est assez les connaître que de savoir en

(1) ARGOU, *Instit.*, T. 2, pag. 403.

somme qu'ils ont existé et en quoi ils ont consisté, lorsque cette connaissance est fondée sur des indices considérables, sur des présomptions puissantes, sur des faits déjà certains, en un mot, sur un de ces soupçons graves et sérieux qui font dire qu'on en a la certitude, sans en avoir encore la preuve.

De ce moment, en effet, le contractant ne peut plus alléguer la surprise et l'ignorance, puisqu'il cesse d'être soumis à l'influence du dol et au charme de l'erreur. Voilà le point de départ de la prescription; et il reste dix ans pour agir, délai assurément suffisant pour recueillir les preuves et préparer l'action.

Comme le consentement est indivisible, le vice d'erreur ou de dol qui l'affecte ne peut être purgé que lorsque l'erreur et le dol ont été découverts tout entiers. Tant qu'il reste quelque chose à connaître de leur étendue et de leur intensité, on ne peut dire qu'ils sont découverts. Mais ce reste d'ignorance doit porter lui-même sur des faits assez graves pour avoir exercé une influence déterminante sur le consentement de la personne. S'ils étaient insignifiants, ils devraient n'être pris en aucune considération.

22. La preuve de l'erreur et du dol se distingue ainsi de leur existence, et l'époque à laquelle ils ont été découverts s'en distingue de même dans la plupart des cas. Leur existence ne saurait, en effet, se confondre avec les circonstances et les indices sur lesquels se fonde la partie qui les allègue. Il s'ensuit que les juges peuvent décider qu'ils ont été découverts depuis moins de dix ans, sans qu'il soit nécessaire qu'au préalable leur existence ait été prouvée et reconnue. Vainement on prétendrait que leur découverte présuppose nécessairement leur existence, et qu'avant tout il faut l'établir avant de résoudre la question de prescription. Car le législateur, en établissant la prescription décennale, a eu précisément pour but d'empêcher des débats inutiles, dans le cas où, en admettant comme constants les faits d'erreur et de dol, leur découverte

remontant à plus de dix ans rendrait toute preuve frustratoire et inopérante (1).

23. Pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, la prescription ne court que du jour de la dissolution du mariage. Le mariage est ainsi une cause de suspension, non seulement à l'égard de la femme, mais encore à l'égard du mari (2).

Mais si la femme venait à convoler, la prescription commencée continuerait de courir durant le second mariage. Car l'article 1304, en ne faisant courir la prescription qu'à partir de la dissolution du mariage, suppose qu'il s'agit du mariage qui a créé pour elle la nécessité de l'autorisation maritale (3).

Si elle avait été régulièrement autorisée, la prescription de l'action en nullité ou en rescision courrait contre elle durant le mariage, quel que fût le vice, à moins que l'action ne dût réfléchir contre le mari (2256) (4).

24. Quant aux interdits, la prescription ne court que du jour où l'interdiction est levée. Si donc elle n'était pas levée, le temps ne courrait que de leur décès. Il n'y a même pas à distinguer s'ils ont été ou non placés dans des établissements d'aliénés. Le point de départ de la prescription est, quant à eux, toujours le même, sans qu'on ait à se demander s'ils ont ou non reçu la signification, ou acquis la connaissance des actes argués, conformément à l'article 39 de la loi du 30 juin 1838. Ces dispositions exceptionnelles leur sont inapplicables, bien qu'on arrive à ce résultat étrange, que l'interdit dont la démence a été ainsi judicialrement constatée, a moins de garanties et de temps pour attaquer ses actes, que la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés (5).

(1) Cass., 13 mars 1849. SIREY, 49, 1, 347.

(2) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 445. — TOULLIER, T. 7, n° 613. — Montpellier, 27 avril 1831. SIREY, 32, 2, 77. — *Contrà*, MARCADÉ, art. 1304, n° 2

(3) DURANTON, T. 12, n° 541.

(4) TOULLIER, *ibid.* — DURANTON, T. 12, n° 542.

(5) *Contrà*, DEMOLOMBE, T. 8, n° 860.

Jusque-là, nous supposons que l'interdit qui a été placé dans un établissement de cette nature, ou ses représentants, se prévalent de son incapacité légale résultant de l'interdiction, pour demander la nullité de droit des actes qu'il a faits pendant qu'il y était retenu. Mais ils ont fort bien le droit de ne pas s'en prévaloir, et de fonder leur action en nullité ou en rescision seulement sur les dispositions de la loi du 30 juin 1838, abstraction faite de l'interdiction prononcée. Comme un double vice affecte la capacité personnelle de l'individu, soit comme interdit, soit comme aliéné placé dans un établissement spécial, ils peuvent, au mieux de leurs intérêts, opter entre ces deux causes d'actions, interdiction ou démence de fait, sans que leurs adversaires soient recevables à s'y opposer, puisqu'il ne s'agit que d'une nullité relative. Dans ce cas, l'article 39 de la loi du 30 juin 1838 est applicable. Mais alors la nullité de l'acte n'est plus de droit, comme au cas de l'article 502; l'annulation en est simplement facultative, suivant les circonstances, d'après la loi précitée.

Et cette solution s'applique à tous les cas d'incapacité légale concourant avec la démence, la violence, l'erreur, ou le dol. Autant de vices particuliers, autant de causes d'action.

25. L'article 1304 ne parle pas des personnes soumises à un conseil judiciaire. Mais il est évident que, quant aux actions en nullité ou en rescision qu'elles peuvent intenter, le délai de dix ans ne court à leur égard, comme à l'égard des interdits, que du jour où la défense de procéder sans conseil aura été levée (1), ou du jour de leur décès, si elle n'a point été levée.

L'article 1304 ne s'occupe pas non plus des actes passés par des personnes en état de démence et non frappées d'interdiction. Les actions en nullité ou en rescision qu'elles peuvent intenter, sont incontestablement soumises à la prescription de dix ans. Car notre article pose un principe général qui la déclare applicable dans tous les cas où il n'existe point d'ex-

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 115. — DEMOLOMBE, T. 8, n° 766.

ception particulière. Ces actions ne sont donc point prescriptibles par trente ans (1).

Mais de quel jour le délai commencera-t-il à courir? Une distinction est nécessaire entre les personnes qui ont été placées dans des établissements d'aliénés, et celles qui n'y ont pas été. L'article 39 de la loi du 30 juin 1838 est ainsi conçu : « Les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés, pendant qu'elle y aura été retenue, sans que son interdiction ait été prononcée ou provoquée, pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304 du Code Napoléon. Les dix ans de l'action en nullité courront, à l'égard de la personne qui aura souscrit les actes, à dater de la signification qui lui en aura été faite, ou de la connaissance quelle en aura eue après sa sortie définitive de la maison d'aliénés; et, à l'égard de ses héritiers, à dater de la signification qui lui en aura été faite, ou de la connaissance qu'ils en auront eue depuis la mort de leur auteur. Lorsque les dix ans auront commencé à courir contre celui-ci, ils continueront de courir contre les héritiers. »

Cette question de connaissance ultérieurement acquise, se résoudra par l'appréciation des circonstances de la cause. C'est un point de fait à l'égard duquel tous moyens de preuve sont admissibles. En ce qui concerne la signification dont il s'agit, nous remarquons encore qu'elle doit être faite sans fraude et dans des conditions telles que le but de la loi soit atteint, c'est-à-dire qu'elle devrait être réputée non avenue, si elle avait eu lieu dans un temps où l'état mental de la personne ne lui permettait pas de la recevoir utilement, et d'y prendre connaissance de l'acte, bien qu'elle eût été faite après sa sortie définitive de l'établissement. C'est encore un point soumis à l'appréciation des tribunaux (2).

Quant aux personnes non frappées d'interdiction, ni placées

(1) ZACHARIÆ, t. 2, pag. 415, n° 27. — Bordeaux, 14 janv. 1857. — SIREY, 57, 2, 353. — *Contrà*, Aix, 17 fév. 1832. SIREY, 32, 2, 261.

(2) DEMOLOMBE, t. 8, n° 861.

dans des établissements d'aliénés, la prescription courra-t-elle seulement du jour où elles auront définitivement recouvré leur raison, sans aucune considération des intervalles lucides (1) ? Dira-t-on que jusque-là leur incapacité, ou plutôt leur erreur ou défaut de discernement continue, et qu'il résulte de l'esprit et du texte de l'article 1304, que la prescription est ajournée aussi longtemps que dure l'incapacité de la personne, ou le vice qui sert de fondement à l'action? Nous ne saurions partager complètement cette manière de voir. L'état de démence de fait n'est pas, en effet, une cause de suspension quant à la prescription ordinaire. Elle court contre les insensés et les furieux, exactement comme contre ceux qui jouissent de la plénitude de leurs facultés intellectuelles (2). Or, comme, sous le rapport des causes légales de suspension, la prescription décennale ne diffère pas de la prescription ordinaire, elle ne cesse pas de courir contre les personnes atteintes d'aliénation mentale, mais non frappées d'interdiction (3).

Mais, le plus souvent, et ce point mérite, dans la pratique de fixer l'attention du juge, la nature spéciale de la cause sur laquelle se fonde l'action en nullité, viendra tempérer la rigueur de la règle générale. C'est ce qui arrive lorsque l'incapacité, l'inhabilité de la personne en démence se confond avec un vice d'erreur ou de dol dont son engagement est entaché. Il est évident que, dans ce cas, la prescription ne court que du jour où l'erreur et le dol auront été découverts, et que l'état mental de l'obligé devra être pris lui-même en considération, au point de vue de la découverte de l'erreur ou du dol, de telle sorte qu'elle pourra coïncider avec le temps où il aura définitivement recouvré la raison. Mais il devra aussi être tenu compte des intervalles lucides qui, suivant leurs carac-

(1) Voy. Zachariæ, *ibid.*

(2) Troplong, *Prescript.*, n°s 712 et 738.—Cass., 12 mai 1834. Sirey, 34, 1, 333.—Douai, 17 janv. 1845. Sirey, 45, 2, 277.—Angers, 6 fév. 1847. Sirey, 47. 2, 201.

(3) Bordeaux, 14 janv. 1857. Sirey, 57, 2, 353.

tères et leur intensité, auront pu le mettre à même de découvrir plus tôt les vices de son consentement. Nous concilions par là les principes qui régissent la prescription, soit dans son cours, soit dans son point de départ.

Mais la prescription courra contre lui de ce jour-là, et non point seulement de la signification des actes ou de la connaissance acquise après recouvrement définitif de la raison. A l'égard des héritiers, elle courra de même à partir de la mort de leur auteur, sans qu'ils aient besoin d'en recevoir la signification, ou d'en acquérir la connaissance. Les dispositions de la loi du 30 juin 1838 sont des dispositions exceptionnelles, qui ne doivent être appliquées qu'aux personnes placées dans des étaétablissements d'aliénés, et aux seuls actes qu'elles ont passés pendant qu'elles y étaient retenues. Ainsi, les actes qu'elles auront pu faire avant leur entrée ou après leur sortie, seront soumis, quant à la prescription de l'action en nullité ou en rescision, à la même prescription que les actes passés par des personnes en démence de fait, non frappées d'interdiction, et qui n'auraient point été placées dans des établissement d'aliénés.

Cette différence peut s'expliquer par cette considération, que l'état de démence d'une personne reçoit de son placement dans une maison d'aliénés une publicité non équivoque; que les tiers qui contractent avec elle pendant sa détention sont plus ou moins suspects de dol et de fraude, et que, dès lors, l'équité réclame des dispositions plus sévères, quant au point de départ de la prescription à laquelle sont soumises les actions en rescision ou en nullité. A ce point de vue, l'erreur et le dol sont dans la passation même de l'acte, et leur découverte se confond avec la connaissance acquise du contrat.

Quoi qu'il en soit, et à l'égard des unes et des autres, lorsque la prescription a commencé régulièrement de courir, elle n'est point suspendue par un nouvel état de démence, sans interdiction, qui succèderait à une guérison plus ou moins prolongée. Car il ne résulte de cette situation aucune condition d'incapacité légale.

26. Quant aux actes faits par les mineurs, le temps ne court que du jour de la majorité. Mais ce point de départ est invariable, soit qu'il s'agisse d'un acte fait par le mineur lui-même, ou d'un acte fait par le tuteur au nom du mineur. Dans l'un et l'autre cas, la prescription court du jour de la majorité, et non point seulement du jour où le mineur a acquis connaissance de l'acte contre lequel il entend se pourvoir en rescision ou en nullité (1).

27. Lorsque l'acte est rescindable pour lésion, la prescription de l'action en rescision court du jour même où il a été passé. Mais il arrive quelquefois que la lésion se mélange de certains éléments d'erreur qu'il n'est pas toujours facile de discerner. La distinction en est cependant fort importante, puisque le point de départ de la prescription varie suivant les cas.

Si, considérés en eux-mêmes, les éléments d'erreur sont insuffisants pour caractériser une erreur capable, aux termes de l'article 1110, d'entraîner la nullité de la convention, alors ils se confondent avec la lésion simple. Dans le cas contraire, ils constituent un vice qui donne lieu par lui-même à une action en nullité, dont la prescription doit être appréciée indépendamment de toute circonstance de lésion.

28. Au lieu de donner ouverture à une action en nullité ou en rescision, l'erreur peut fonder l'action en répétition de l'indû (1376). Cette dernière action se distingue de l'autre par son principe et par la prescription à laquelle elle est soumise. Car elle n'est prescriptible que par trente ans, à partir du payement qui a été effectué, sauf les suspensions et interruptions de droit. Leur distinction est donc fort importante. L'action en rescision suppose un contrat; la répétition de l'indû un simple payement. Ce sera donc à l'une ou à l'autre de ces espèces d'actes qu'il faudra toujours ramener l'acte qu'il s'agira

(1) Zachariæ, t. 2, pag. 445, n° 26. — Cass., 30 mars 1830. Sirey, 30, 1, 238.

d'apprécier, pour déterminer le genre d'action auquel il donne lieu.

29. De ce que l'article 1304 dispose que la prescription ne court que du jour où le dol et l'erreur ont été découverts, ou que la violence a cessé, l'on doit conclure que l'action n'est point prescrite, lorsque le dol et l'erreur ont été découverts, ou que la violence a cessé depuis moins de dix ans, quoiqu'elle ait été intentée après plus de trente ans utiles depuis la passation de l'acte. Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont, il est vrai, déclarées prescrites par trente ans (2262). Néanmoins, les termes de la loi sont absolus lorsqu'ils fixent le point de départ de la prescription et en déterminent les causes de suspension. Il en résulte que les actions en nullité ou en rescision peuvent durer, à raison du point de départ de leur prescription décennale, plus longtemps que les actions soumises à la prescription trentenaire, laquelle n'admet pas les mêmes causes de suspension. Cette conséquence peut paraître en opposition avec la pensée du législateur, qui a été d'abréger plutôt que d'étendre les délais; mais elle n'en résulte pas moins incontestablement des dispositions formelles de l'article 1304 et des principes rigoureux du droit.

En effet, la prescription décennale des actions en nullité ou en rescision n'est admise que dans la supposition que l'acte peut être valablement confirmé ou ratifié. Elle correspond, ainsi que l'établit le texte de l'article 1115, à une pensée de ratification ou de confirmation possible. Aussi longtemps que l'acte ne peut être ainsi validé, la prescription demeure donc suspendue, comme manquant de base légale, puisque la permanence du vice de consentement ou de capacité fait incessamment obstacle à ce qu'il intervienne aucun acte valable de confirmation ou de ratification. Aussi M. Bigot de Préameneu, présentant le projet de loi au corps législatif, disait-il avec beaucoup de raison : « Pendant tout le temps qu'elle dure (la violence), elle renouvelle et confirme le droit de se pourvoir, et le délai ne serait plus de dix ans, s'il commençait plus

tôt. » Et quant aux cas d'erreur et de dol, il ajoutait : « Il faut, pour que le délai dans lequel l'action doit être formée commence, qu'il ait été possible de l'intenter. Ainsi, dans le cas d'erreur ou de dol, ce ne peut être que du jour où ils ont été découverts (1). » Alors donc que moins de dix ans se sont écoulés depuis la cessation de la violence ou la découverte du dol et de l'erreur, on ne peut considérer comme prescrite l'action en nullité ou en rescision, bien que plus de trente ans se soient écoulés depuis la passation de l'acte attaqué (2). Et la même décision doit être prise au cas où il s'agit d'un vice de capacité, résultant de l'interdiction ou du mariage.

30. C'est à la partie qui invoque quelque cause de suspension, telle que le dol, l'erreur, la violence, le mariage, l'interdiction, la minorité, la dation d'un conseil judiciaire, la démence, le placement dans un établissement d'aliénés, à en établir l'existence et à prouver que la prescription décennale a été suspendue à son profit. Du moment, en effet, que l'autre partie a justifié du laps de dix années à partir de l'acte, elle a en sa faveur une présomption de prescription acquise ; et c'est à son adversaire, qui devient demandeur quant à son exception, à démontrer, par exemple, que la violence a cessé, que le dol et l'erreur ont été découverts, que le mariage a été dissous, depuis moins de dix ans (3).

31. Indépendamment des causes de suspension indiquées spécialement par l'article 1304, les autres causes de suspension ou d'interruption de la prescription en général, doivent être appliquées également aux actions en rescision ou en nullité. Le titre de la prescription contient, en effet, un ensemble de dispositions générales et communes aux diverses espèces de prescriptions particulières dont le législateur s'était

(1) FENET, T. 13, pag. 287.

(2) VALETTE, DURANTON et DEMANTE, Consultation rapportée dans Sirey, T. 54, 2, 49. — *Contrà*, Paris, 22 juill. 1853. SIREY, 54, 2, 49.

(3) DURANTON, T. 12, n° 536. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 445, n°s 28. — MARCADÉ, art. 1304, n° 2 — Cass., 26 juill. 1825. SIREY, 25, 1, 370.

ailleurs et antérieurement occupé. Ce n'est que par elles que ses dispositions spéciales peuvent être complétées, régularisées, et que les lacunes si nombreuses qu'elles présentent peuvent être comblées.

Chaque fois que le Code a introduit dans une matière spéciale une prescription particulière, il s'est borné à en fixer la durée, et si alors il a déterminé quelques-unes des conditions auxquelles elle était assujettie, c'est moins pour la soustraire à l'application des règles communes et générales que pour marquer en quoi il y était dérogé. Chaque exception doit donc être restreinte dans ses termes; et là où elle cesse, la règle reprend aussitôt son empire. Or, l'article 1304 ne contient d'exceptions que quant au temps, qui est de dix années, et quant au point de départ de la prescription, qui n'est autre que celui où le vice a pu cesser et être couvert par le fait volontaire des parties contractantes. Pour le surplus, l'insuffisance de ses dispositions appelle, plutôt qu'elle ne l'exclut, l'application des principes généraux consacrés au titre de la prescription.

La prescription de l'action en nullité ou en rescision peut donc être interrompue naturellement ou civilement, de même que la prescription ordinaire (2242 et suiv.).

Elle reste soumise aux diverses causes de suspension autres que celles qui sont indiquées par l'article 1304 (2251 et suiv.). Ainsi, elle est suspendue par la condition à laquelle est soumis le contrat (1).

32. De même elle est suspendue au profit du mineur qui succède à un majeur. Ce point est cependant l'objet d'une vive controverse. On a prétendu (2) que l'article 1304, en disant que la prescription ne court, à l'égard des actes faits par les mineurs, que du jour de la majorité, restreint par cela même le bénéfice de la suspension, pour cause de minorité,

(1) Toullier, t. 7, n° 609. — *Contrà*, Duranton, t. 12, n° 534.

(2) Toullier, t. 7, n° 615. — Duranton, t. 12, n° 548; et t. 21, n° 292. — Angers, 22 mai 1834. Sirey, 34, 2, 337.

au cas où l'acte a été consenti par le mineur qui l'attaque plus tard. Son silence touchant la suspension de la prescription, quand l'auteur de l'acte est représenté par un mineur, est ainsi interprété dans le sens d'une exclusion de toute suspension dans ce cas. Suivant cette opinion, n'en avoir rien dit, c'est l'avoir rejetée.

On sait combien est faible, en général, une pareille argumentation. La démonstration de sa fausseté est ici complète.

Le droit romain, en effet, décidait formellement que la minorité suspendait la prescription au profit de celui qui succédait au majeur dans l'exercice de l'action (1). Et ce principe était passé dans notre ancienne jurisprudence (2). Il faudrait que le Code Napoléon eût innové, et, pour preuve de cette innovation, il faudrait d'abord autre chose que son silence, qu'un défaut d'expression. De son silence même, on est plutôt autorisé à conclure le maintien des anciennes règles et du droit commun.

De quel objet s'occupe l'article 1304? Il fixe le point de départ de la prescription; il le place à la majorité. Il reconnaît donc dans la minorité un obstacle légal au cours de la prescription. Or, si aux yeux du législateur la minorité empêche la prescription de commencer, elle doit par les mêmes raisons l'empêcher de courir. Ce sont toujours les mêmes effets de la minorité, appliqués à la prescription, mais variant, dans leur application, de l'obstacle à la suspension, suivant qu'il s'agit d'une prescription à son début ou d'une prescription en cours.

L'article 1304 n'avait même à s'occuper que du point de départ de la prescription; car il ne fait que prévoir le cas où un mineur a fait un acte rescindable pour cause de minorité. C'étaient donc seulement cet acte et la prescription de l'action en nullité qui entraient dans ses prévisions et devaient entrer dans son texte. Voilà pourquoi il ne s'est pas occupé de la

(1) L. 19, *ff. De minor.*
(2) Voy. Merlin, Rép., v° *Rescision.*

suspension de la prescription au profit du mineur représentant le contractant majeur. C'est là une tout autre hypothèse, où ne s'agissant plus de régler le point de départ de la prescription, il n'avait rien à dire de la minorité, en tant du moins qu'elle dût servir à déterminer son commencement. Or, pour le cas de simple suspension, il s'en réfère, par la force même de son silence, aux principes généraux en matière de prescription, et contient un renvoi tacite aux articles 2252 et suivants. (1).

De là nous concluons que la minorité est également un motif de suspension dans le cas où un mineur aurait consenti l'acte, et serait décédé lui-même en minorité. Il devrait en être sans doute autrement, dans le système des délais préfix proposé par MM. Toullier et Duranton. Mais cette conséquence est un argument de plus contre leur opinion. Car ils sont forcés, ou de faire courir la prescription du jour du décès du mineur, et de violer ainsi l'article 1304 qui fixe le point de départ à la majorité, ou de ne la faire courir que du jour où le mineur décédé aurait atteint sa majorité, et de feindre ainsi une sorte de résurrection que rien n'autorise. N'est-il pas évident, au surplus, que ces deux minorités mises bout à bout, sans que la prescription cesse de courir, sont contraires au système de protection qui apparaît partout dans la loi en faveur des mineurs?

Le délai de dix ans fixé par l'article 1304 est si peu un délai préfix et absolu, que si un majeur succédait au mineur qui a consenti l'acte, incontestablement la prescription commencerait immédiatement à courir, parce que l'incapacité personnelle du contractant aurait fait place à la capacité entière de son successeur. L'article 1304 n'a donc fait qu'appliquer, d'une manière spéciale, au point de départ de la prescription décennale, le privilége général et commun de la minorité.

(1) MERLIN, Rép., v° *Rescision*. — DELVINCOURT, t. 2, pag. 806. — ZACHARIÆ, t. 2, pag. 445. — MARCADÉ, art. 1304, n° 2. — Cass., 8 nov. 1843. SIREY, 44, 1, 199. — Agen, 10 janv. 1851. SIREY, 51, 2, 780.

Aussi, devons-nous appliquer tout ce que nous venons de dire au cas d'interdiction.

33. Le délai de dix ans, relatif à la prescription des actions en nullité ou en rescision, n'a d'autre rapport avec le délai de la prescription prévue par l'article 2265 qu'une similitude de durée. Il est invariable et absolu, sauf les causes de suspension ou d'interruption de droit. Il ne s'augmente point à raison de l'absence. Il ne s'agit point, en effet, de prescrire contre un tiers véritable propriétaire. En outre, les questions de bonne ou de mauvaise foi sont ici indifférentes.

34. L'article 1304, ne s'occupant que des actions en nullité et en rescision, n'est pas applicable aux exceptions de même nature, qui ne sont point, en conséquence, soumises à la prescription de dix ans. Cette différence, quant à la prescription, entre l'action et l'exception, se traduit par la fameuse maxime, *quæ temporalia sunt ad agendum, ad excipiendum sunt perpetua;* l'action est temporaire, l'exception perpétuelle; c'est-à-dire que l'on est toujours à temps d'opposer, par voie d'exception, une nullité ou une rescision qui, présentée, au contraire, par voie d'action, devrait l'être dans un délai limité.

Nous devons insister sur les conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu à l'application de cette maxime. Car son véritable sens n'est pas toujours parfaitement compris dans la pratique.

Supposez une personne obligée qui n'ait absolument en rien exécuté son engagement; elle pourra, aussi longtemps que durera l'action du créancier, opposer toutes les exceptions de nature à entraîner l'annulation de l'acte, quand bien même il se serait écoulé un temps plus long que celui fixé par la loi pour l'attaquer par action principale en nullité ou en rescision. En un mot, l'exception ne se prescrit point comme l'action. Mais il est essentiel que l'obligé ait conservé toute sa liberté, qu'il soit resté en possession de tous ses droits, comme si l'acte n'existait point. Ce n'est que dans ce cas seulement qu'il peut se prévaloir de la maxime *quæ temporalia*...

Ainsi entendue, elle ne fait qu'exprimer une vérité incontestable; car elle résulte de la nature même des choses. Celui qui reste constamment en possession de tous ses droits, nonobstant l'acte qu'on peut lui opposer, et comme si cet acte n'existait pas du tout, n'a en effet, tant que dure cette possession, aucune initiative à prendre. Il n'a pas besoin d'agir pour s'y faire maintenir, puisque, par le fait, il s'y maintient. Ce n'est pas à lui à provoquer l'action, il n'a qu'à l'attendre; comme il n'y a aucun intérêt, la loi ne saurait le contraindre à agir pour réclamer un droit qu'il a conservé dans ses mains; et, dans l'attitude tout expectante qu'il n'a qu'à garder, sa possession de fait l'empêche d'encourir aucune prescription. C'est en ce sens que l'on dit encore : tant dure l'action, tant dure l'exception.

Ce n'est pas que le prétendu obligé ne puisse, malgré sa possession, prendre l'initiative et aller au-devant de l'attaque de son adversaire, pour faire prononcer contre lui l'annulation de l'acte. Mais rien ne l'y oblige, à défaut de tout intérêt juridique de sa part; et cela suffit pour qu'il soit dispensé d'agir, et qu'il reste à l'abri de toute prescription, puisqu'une action ne pourrait pas lui donner plus que sa possession actuelle.

Ces principes s'appliquent aussi bien à la prescription particulière des actions en nullité ou en rescision, qu'à la prescription ordinaire de toutes autres actions civiles. Cependant, l'ordonnance de 1539, article 134, voulait qu'on poursuivît l'annulation des contrats dans les dix ans, tant en demandant qu'en défendant. L'exception ne durait alors pas plus longtemps que l'action. Mais Dumoulin disait de cette disposition qu'elle était inique, et il ne paraît pas que, même sous l'ancien droit, elle ait été rigoureusement appliquée.

Le Code Napoléon, en n'assimilant point quant à leur durée, comme le faisait l'ordonnance, l'exception et l'action en rescision ou en nullité, a, par son silence même, consacré l'ancienne maxime, fondée sur la raison et la nature des choses. Les

exceptions sont ainsi restées ou plutôt replacées sous l'empire de la règle *quæ temporalia* (1)...

Ainsi, le vendeur qui sera constamment resté en possession de la chose pourra, quel que soit le temps écoulé, opposer à la demande de l'acquéreur l'exception de nullité ou de rescision tirée du dol, de l'erreur, de la violence, de la lésion ou de l'incapacité.

Le mineur devenu majeur pourra, même après les dix ans de sa majorité, faire déclarer, par voie d'exception proposée, la nullité ou la rescision de la convention passée avec lui en minorité, et dont son adversaire demande contre lui l'exécution (2).

Tel est encore le cas où les héritiers d'une femme qui est restée en possession, sans trouble, des biens par elle donnés, sont plus tard, après son décès, actionnés par le donataire en délivrance des biens. Ils peuvent, alors même que plus de dix ans se sont écoulés depuis la donation, opposer la nullité de l'acte; par exemple, parce que l'autorisation du mari n'est point constatée par un acte authentique (3).

De même, l'action en rescision ou en nullité d'une institution contractuelle faite par un mineur, ne se prescrit point par dix ans à partir de sa majorité. Il est toujours à temps de proposer l'exception.

Elle ne se prescrit point non plus, si elle a été faite par une femme mariée non autorisée, par dix années à partir de la dissolution du mariage. L'exception produit alors son effet, en ce sens que les héritiers de l'instituante, tant qu'ils ont conservé la possession des biens compris dans la donation, peuvent opposer à la demande de l'institué la maxime *quæ*

(1) TROPLONG, *Prescript.*, nos 827 et suiv. — MERLIN, Rép., vo *Prescript.*, sect. 2, § 25. — DELVINCOURT, t. 2, pag. 807 et suiv.—TOULLIER, t. 7, nos 600 et suiv. — *Contrà*, DURANTON, t. 12, no 549. — MARCADÉ, art. 1304, no 3.

(2) Paris, 21 avril 1836. SIREY, 37, 2, 17. — Rouen, 9 janv. 1838. SIREY, 38, 2, 110.

(3) Cass., 1er déc. 1846. SIREY, 47, 1, 289.

temporalia (1). Si la Cour de cassation (2) a décidé le contraire dans le cas d'une institution faite par un mineur, c'est qu'il s'agissait d'un acte régi par les principes de l'ordonnance de 1539, qui voulait que l'action fût intentée dans les dix ans, tant en demandant qu'en défendant.

Mais il faut bien remarquer, quant à l'application de la maxime, que l'exception seule est maintenue, et non l'action; que le maintien en possession de celui qui s'en prévaut n'est pas une suspension de la prescription de l'action elle-même. Lors donc que la partie qui attaque l'acte, pour nullité ou rescision, a perdu la possession, qui seule proroge indéfiniment l'exception, son action se trouve prescrite, y eût-il même moins de dix ans écoulés depuis sa perte de possession, si plus de dix années utiles ont couru depuis le contrat. C'est qu'alors elle en est réduite au rôle de demandeur par voie d'action directe. Cette observation est de la plus haute importance.

35. Il arrive souvent, par l'effet du hasard ou des circonstances, ou de la préméditation des gens d'affaires, que la contestation est engagée de telle façon que la nullité ou la rescision de l'acte est proposée comme par voie d'exception, tandis que, en réalité, elle l'est par voie d'action principale. Les juges doivent alors s'appliquer à éviter les piéges qui leur sont tendus, et à se garantir contre les surprises qui peuvent les égarer.

La maxime que nous venons de rappeler cesse, en effet, d'être applicable, lorsque le demandeur, après avoir introduit l'action, amène le défendeur à lui opposer, comme fin de non recevoir, l'existence du contrat, et qu'il en demande alors, par voie de réplique, la nullité ou la rescision. Par exemple, je vous demande le payement d'une somme que vous me devez; vous m'opposez une quittance; à quoi je réplique que la quittance est entachée de dol, de violence. Le défendeur sera

(1) MERLIN, Rép., v° *Prescript.*, sect. 2, § 25, et v° *Inst. contr.*, § 4, n° 2.—*Contrà*, DURANTON, t. 9, n° 725. — TOULLIER, t. 7, n° 610. — GRENIER, *Donat.*, n° 431 *bis*.

(2) 30 nov. 1814, SIREY, 15, 1, 53.

fondé à répondre que, la quittance remontant à plus de dix ans, l'action en nullité ou en rescision qui la concerne se trouve prescrite, sans que je puisse opposer la maxime. Je ne suis plus, en effet, en possession de ma créance; je l'ai perdue en donnant quittance. J'ai donc intérêt à agir, à prendre l'initiative. Car, en restant dans la situation où je suis, je ne suis plus créancier; et c'est précisément ce que je conteste. Je suis donc, en réalité, demandeur en nullité, et je dois agir dans les dix ans de ma quittance pour la faire annuler (1).

36. Il en est de même au cas où un mineur devenu majeur forme, plus de dix ans après sa majorité, une demande en payement d'une créance contre laquelle le défendeur oppose une quittance. Le demandeur ne peut, sous forme de réplique, opposer la nullité du payement, en prétendant qu'il a été fait en état de minorité, et qu'il n'en a nullement profité. D'une part, en effet, ce payement est une véritable convention, à laquelle s'applique la prescription décennale fixée par l'article 1304; et, d'autre part, on ne saurait prétendre que le créancier qui a reçu un payement non valable, n'a d'intérêt à en contester la validité que lorsque le débiteur, pour échapper à ses poursuites en payement, vient à le lui opposer. Nous répèterons ici ce que nous disions tout à l'heure : le prétendu créancier est si peu défendeur à l'exécution de l'engagement, il demande si peu à être maintenu dans la position où il se trouve, c'est-à-dire dans la position d'un créancier qui a donné quittance, et, conséquemment, a cessé de l'être, qu'il veut, au contraire, par suite de la nullité du payement, faire revivre sa créance. Ce n'est donc pas le cas d'appliquer la maxime (2).

37. Elle cesse également d'être applicable de la part du demandeur qui, poursuivant la restitution d'un objet qu'il ne possède pas, attaque, par voie de réplique, de nullité ou de

(1) Troplong, *Prescript.*, n° 832.
(2) Cass., 27 juin 1837. Sirey, 38, 1, 426.—*Contrà*. Zachariæ, t. 5, pag. 605, n^te 4.

rescision, une convention que le défendeur lui oppose comme lui ayant attribué la propriété de la chose. C'est, encore une fois, qu'elle ne peut être invoquée que par celui qui, étant en possession, n'a pas besoin, tant qu'il n'est pas attaqué, de recourir à d'autres titres, et non par celui qui, ayant laissé posséder à son préjudice, demande l'annulation du titre qu'on lui oppose (1). Et cette prescription par dix ans a lieu sans que la possession du défendeur ait été de nature à constituer une exécution volontaire, de la part de l'autre partie, et capable de couvrir les vices du contrat.

La maxime ne saurait non plus être invoquée par le cohéritier mineur qui, après avoir aliéné ses droits successifs en minorité, forme plus de dix ans après sa majorité une action en pétition d'hérédité ou en partage, et prétend attaquer de nullité ou de rescision le traité que les autres parties lui opposent. A défaut de possession et de son maintien dans l'intégrité de ses droits, il ne peut s'en prévaloir (2).

Il en est enfin de même, au cas où l'acquéreur évincé d'une portion de la chose, sur la poursuite en rescision ou en nullité de l'un des vendeurs solidaires, exerce un recours en garantie contre les autres plus de dix années utiles après la vente. Ces derniers ne peuvent prétendre qu'ils sont à temps d'opposer eux-mêmes l'exception de nullité ou de rescision. L'obligation de garantie n'est, en effet, qu'un accessoire de l'obligation principale dont les vices sont couverts.

Voici une espèce que M. Toullier (3) emprunte à Imbert et à Henrys ; nous la résumons : Un cohéritier, dans les dix ans de sa majorité, mais plus de dix ans après le partage, en demande la rescision pour cause de lésion. L'autre copartageant sur la tête duquel plus de dix ans utiles ont couru, demande lui-même la réduction du lot de son adversaire, sous prétexte de l'existence d'un posthume qui n'avait pas été compris dans le partage. Cette action en rescision ou en réduction n'est sans

(1) Cass., 5 avril 1837, Sirey, 37, 1, 434.
(2) Zachariæ, t. 3, pag. 806.
(3) T. 7, n° 601.

doute recevable que parce qu'elle tend à écarter la lésion dont se plaint le demandeur, et ensuite parce que le partage ne peut être rescindé sans que toutes parties soient remises au premier état. Mais le demandeur n'avait qu'à se désister de sa demande avant tout jugement ; et alors le défendeur n'aurait pas pu présenter son exception, qui n'est en réalité qu'un moyen de défense, ou mieux encore qui suppose un acquiescement à la demande en rescision formée contre lui.

38. Concluons : L'application de la maxime *quæ temporalia...* est ainsi indépendante de l'ordre dans lequel s'agitent les questions de nullité ou de rescision. Ne constituent-elles au fond qu'une action principale, sous forme d'exception, alors la nullité ou la rescision ne saurait se soustraire à la prescription décennale. Si, au contraire, la demande, quoique présentée sous la forme d'une action principale, constitue une véritable exception, la prescription de dix ans cesse de lui être applicable. Tel est le cas où, étant resté en possession et dans l'intégrité de tous mes droits, n'ayant qu'à attendre en toute sécurité, je prends néanmoins l'initiative, et préviens mon adversaire en formant contre lui une demande en nullité ou en rescision. La prescription de dix ans ne peut m'être opposée. Car la direction que j'ai donnée au débat, et l'ordre dans lequel j'ai proposé les questions, ne peuvent pas plus me nuire dans ce cas, que me profiter dans l'autre (1).

39. D'autre part, quant au point de départ de la prescription décennale, il convient de le fixer, non pas au moment où la sécurité du débiteur commence à être troublée, mais seulement à celui où il a un intérêt juridique actuellement formé à agir en nullité ou en rescision. Ainsi, le créancier fait signifier son titre aux héritiers de l'obligé, conformément à l'article 877, C. Nap. ; le débiteur, restant toujours dans l'intégrité de ses droits, nonobstant cette signification, ne sera pas tenu, sous peine de déchéance, d'agir dans les dix ans (2).

(1) Cass., 5 déc. 1826. Sirey, 27, 1, 308.
(2) *Contrà*, Riom, 19 fév. 1845. Sirey, 46, 2, 188.

En vain objecte-t-on que cette signification a, du jour où elle a été faite, troublé sa sécurité. Cette objection n'a en droit aucune valeur, et elle n'en a pas davantage si l'on suppose une notification de transport, une sommation, un commandement. Car si de pareils actes expriment l'intention de poursuivre de la part du créancier, ils ne font pas que le débiteur ait payé, et qu'en conséquence il ait intérêt à prendre l'initiative. La maxime *quæ temporalia* n'est point, en effet, fondée sur la sécurité du débiteur, mais sur son défaut d'intérêt, qui le place dans une telle situation, vis-à-vis de son adversaire, que la prescription ne court point contre lui, parce qu'il ne peut agir. La notification, le commandement même lui apprennent seulement qu'il doit, ou plutôt que l'on prétend qu'il doit. Mais il pouvait tout aussi bien le savoir déjà, s'il a souscrit personnellement l'obligation, sans que pour cela, sa sécurité cessant, il encourre une déchéance quelconque. Tant qu'on ne le poursuivra pas judiciairement, il sera donc incessamment à temps d'opposer la maxime.

40. Nous allons examiner maintenant quelques cas particuliers où il a été prétendu qu'il y avait exception aux règles générales posées par l'article 1304, en ce qui concerne, soit la durée, soit le point de départ de la prescription décennale.

Lorsqu'un traité est intervenu entre le tuteur et le pupille, sans reddition de compte préalable, contrairement aux dispositions de l'article 472, la nullité ou la rescision de ce traité se prescrit-elle par dix ans, non pas à partir de sa date, suivant l'article 1304, mais à partir de la majorité du pupille, ou de sa mort, suivant l'article 475?

Si le traité est attaqué pour l'une des causes ordinaires et communes de nullité ou de rescision, telles que dol, erreur, violence, incapacité, indépendamment du moyen résultant de l'inobservation de l'article 472, il est clair que, dans ce cas, la prescription ne court qu'à partir de l'une des époques indiquées par l'article 1304 (1).

(1) Zachariæ, t. 1, pag. 251, nte 13. — Magnin, *Minorités*, t. 1, no 737.

Nous supposons donc que le traité est attaqué uniquement pour inobservation de l'article 472. On dit alors, pour l'application de l'article 475, que cet article est destiné à protéger le tuteur contre toute demande se rattachant à son administration, et postérieure au délai de dix ans qu'il détermine; qu'il contient ainsi une dérogation à l'article 1304; qu'autrement, l'action en nullité formée par le pupille devenu majeur serait sans objet, puisque, d'une part, il ferait annuler le traité, sans pouvoir, de l'autre, obtenir de compte de tutelle; qu'il en résulterait encore que le tuteur qui aurait traité avec son pupille, serait soumis à une plus longue responsabilité que celui qui n'aurait rendu aucun compte (1).

Dans le sens de l'opinion contraire, qui fait courir la prescription décennale seulement du jour du traité, et cette opinion nous paraît préférable, voici ce qu'on répond : La distinction proposée se réfute d'elle-même, car l'article 472 présume en faveur du pupille un vice d'erreur et de dol, c'est-à-dire un vice de droit commun. L'on ne comprendrait donc pas que, dans ce cas, la prescription fût abrégée contre lui, quand cette présomption légale le dispense même d'établir le vice d'erreur et de dol sur lequel il fonde son action en nullité, et qui résulte de la seule production du traité informe. L'article 475 suppose une prescription en dehors de tout traité. Or, du moment qu'un traité est intervenu entre le tuteur et le pupille, il ne peut plus s'agir de la prescription du compte de tutelle, suivant l'article 475, mais de l'action en nullité d'un acte, suivant l'article 1304; car la prescription d'une action ne saurait précéder son existence. Si le tuteur qui a traité est plus longtemps responsable, c'est une conséquence très légale de l'existence du traité intervenu, qui contient une reconnaissance des droits du pupille, et opère ainsi en sa faveur interruption de la

— Demolombe, t. 8, nos 164 et suiv. — Cass., 10 fév. 1830. Sirey, 30, 1, 97.

(1) Zachariæ, t. 1, pag. 251. — Maleville, art. 475. — Merlin, Rép., v° *Tutelle*, sect. 5. — Demolombe, *ibid.* — Cass., 26 juill. 1819. Sirey, 20, 1, 43. — Douai, 26 nov. 1841. Sirey, 43, 2, 453.

prescription. Dès lors il n'est pas exact de prétendre que l'annulation du traité laisse le pupille sans action en compte de tutelle, puisque cette action reprend son cours de dix années, à partir de l'interruption de la prescription, c'est-à-dire du traité. Cet acte, tout irrégulier et rescindable qu'il puisse être, donne lieu à une nouvelle ère de prescription, comme ferait une déclaration du tuteur reconnaissant qu'il doit un compte de tutelle. En effet, la nullité ou la rescision prononcée d'un acte ne fait pas réputer non avenus, à l'égard de la personne contre laquelle elle est déclarée, les aveux et reconnaissances qu'il contient, lorsque ces aveux et reconnaissances, émanant d'une personne capable, sont d'ailleurs indépendants du caractère sous le rapport duquel cet acte a été annulé (1). Et ce point est d'une vérité plus sensible encore, si le traité contient autre chose qu'un règlement sur les faits de la tutelle; s'il comprend en outre de ce règlement, par exemple, une cession de droits faite au tuteur, à laquelle il est impossible d'appliquer la prescription de l'article 475 (2).

Que si toutefois l'acte fait, avant la prescription acquise, avec le tuteur ou même son héritier, ne contenait aucune reconnaissance du droit du pupille d'exiger son compte tutélaire, ce dernier, en faisant annuler ou rescinder le contrat, ne pourrait demander un compte de tutelle, plus de dix ans s'étant écoulés depuis sa majorité. C'est qu'alors il n'y a pas eu interruption de la prescription, en ce qui concerne l'action en compte tutélaire (3).

Mais si le traité ne porte, au contraire, que sur les faits de la tutelle, le pupille aura dix ans à partir de cet acte, conformément à l'article 1304, pour en poursuivre la nullité ou la

(1) ZACHARIÆ, T. 1, pag. 70, n^te 19. — TROPLONG, *Prescript.*, n° 618, VAZEILLE, *Prescript.*, n° 228.

(2) TOULLIER, T. 2, n° 1278. — VAZEILLE, *Prescript.*, T. 2, n° 581. — VALETTE, sur Proudhon, *État des personnes*, T. 2, pag. 421. — Limoges, 21 mai 1840. SIREY, 40, 2, 483.

(3) Limoges, 21 mai 1840. SIREY, 40, 2, 483. — Voy. encore Cass., 1er mai 1850. SIREY, 50, 1, 542.

rescision, et obtenir en conséquence un compte de tutelle.

Que si le traité contient, outre la transaction sur ce compte, une cession de droits successifs au profit du tuteur, l'action du pupille intentée dans les dix ans de l'acte, toujours suivant l'article 1304, aura pour effet d'entraîner l'annulation du traité dans son entier; de telle sorte qu'il sera réintégré dans les droits cédés, et pourra demander un nouveau compte, sans que les juges puissent diviser l'acte, et décider, en faisant une sorte de ventilation du prix, que l'action en rescision ou en nullité est recevable dans les dix ans de l'acte, en ce qui concerne les droits cédés; mais qu'elle ne l'est pas en ce qui concerne la reddition d'un nouveau compte, si elle a été intentée plus de dix ans après la majorité du pupille. Car une pareille division serait contraire au principe même de l'indivisibilité des contrats.

Ce qui nous confirme dans notre opinion, c'est que, dans notre ancienne jurisprudence, le pupille qui avait traité avec son ancien tuteur, sans examen du compte et sans communication des pièces justificatives, avait, aux termes de l'ordonnance, dix ans du jour de traité pour s'en faire relever par entérinement des lettres de rescision (1). Nonobstant même l'annulation du traité, il avait le droit de retenir les sommes qu'il avait reçues, jusqu'à ce que le tuteur lui eût rendu un nouveau compte (2). Si le Code Napoléon a réduit par l'article 475 à dix années la prescription de l'action en compte de tutelle, qui autrefois durait trente ans, il n'a point changé, en l'abrégeant, le caractère de cette prescription; et elle doit aujourd'hui se combiner, dans le cas où un traité irrégulier est intervenu entre le tuteur et le pupille, avec celle de l'article 1304, comme autrefois avec celle des ordonnances de 1510 et de 1539, en demeurant soumise aux causes ordinaires de suspension et d'interruption communes à toute prescription.

(1) Argou, *Instit.*, t. 1, pag. 145. — Valin, *La Rochelle*, art. 24, n° 185. — Rousseaud de Lacombe, v° *Restitution*, sect. 1, n° 4.

(2) Valin, *La Rochelle*, art. 24, n° 218.

41. Nous touchons à une question plus importante encore, à raison de son intérêt pratique, des vives controverses dont elle a été l'objet, et des oscillations et des retours de la jurisprudence.

Il s'agit de savoir si l'action en rescision dirigée contre un partage d'ascendant par voie de donation entre vifs, pour lésion de plus du quart ou pour excès de la quotité disponible, aux termes de l'article 1079, est prescriptible par dix ans, à partir du jour même de l'acte (1), ou bien, au contraire, seulement à partir du décès de l'ascendant (2). Nous n'hésitons pas à adopter la première opinion, celle qui fait courir la prescription du moment du partage.

Nous ne saurions mieux faire, avant d'essayer de réfuter les raisons sur lesquelles se fonde l'opinion contraire, que de transcrire ici les motifs d'un arrêt de la Cour suprême, du 4 février 1845, rendu au rapport du savant M. Lasagni. Il contient en effet la théorie la plus complète sur le caractère et les effets des partages d'ascendants.

(1) DURANTON, T. 9, nos 646 et 647. — VAZEILLE, *Prescript.*, T. 2, no 563, et *Donat.*, art. 1080, no 2. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 444, nte 23; et T. 5, pag. 489. — DALLOZ, T. 36, 1, 297. — Bordeaux, 1er avril 1833, SIREY, 33, 2, 324. — Limoges, 24 déc. 1835. SIREY, 36, 2, 78. — Cass., 12 juill. 1836. SIREY, 36, 1, 534. — Toulouse, 15 mai 1838. SIREY, 39, 2, 50. — Grenoble, 30 juill. 1839. SIREY, 40, 2, 201. — Nîmes, 12 juill. 1842. — Grenoble, 6 mai 1842. SIREY, 42, 2, 433 et 465. — Dijon, 11 mai 1844. SIREY, 44, 2, 669. — Cass., 4 fév. 1845. SIREY, 45, 1, 305. — Douai, 24 janv. 1846. SIREY, 46, 2, 241. — Bordeaux, 23 déc. 1845. SIREY, 46, 2, 241. — Bordeaux, 23 mai 1846. SIREY, 47, 2, 174.

(2) Conclusions de M. Pascalis. SIREY, 47, 1, 481. — TROPLONG, *Donat.*, nos 2331 et suiv. — Bordeaux, 6 juill. 1824. SIREY, 25, 2, 115. — Agen, 4 janv. 1827. SIREY, 27, 2, 85. — Caen, 15 juin 1835. SIREY, 38, 2, 521. — Nismes, 17 mars 1841. SIREY, 41, 2, 335. — Montpellier, 25 mai 1842. SIREY, 42, 2, 523. — Cass., 30 juin 1847. SIREY, 47, 1, 481. — 2 août 1848. SIREY, 49, 1, 258. — 16 juill. 1849. SIREY, 49, 1, 622. — Bordeaux, 30 juill. 1849. SIREY, 50, 2, 37. — Agen, 12 juin 1849. SIREY, 50, 2, 37. — Nîmes, 24 déc. 1849. SIREY, 50, 2, 308. — Agen, 28 mai 1850. SIREY, 51, 2, 177. — Orléans, 17 janv. 1851. SIREY, 51, 2, 426. — Cass., 31 janv. 1853. SIREY, 53, 1, 153.

« Vu les articles 1075, 1076, 1077 et 1079 du Code Napoléon : En droit, leurs dispositions forment pour les partages d'ascendants, une législation toute spéciale et tout exceptionnelle, ayant pour but de faciliter les arrangements domestiques, de prévenir les contestations et d'assurer, avec stabilité, la paix et l'union des familles, but éminemment utile pour l'ordre social.

» De la lettre comme de l'esprit de ces articles, il résulte : 1° Que, sauf la volonté et les stipulations contraires, le partage régulièrement fait par acte entre vifs dessaisit immédiatement, intégralement et irrévocablement l'ascendant partageant des biens y compris, pour en investir aussi immédiatement, intégralement et irrévocablement les descendants copartagés;

» 2° Qu'il fixe, de la même manière, sur la tête de ces derniers, la propriété de ces biens, même à l'égard de la réserve et de la portion disponible qui leur correspondent;

» 3° Que ces biens, enlevés ainsi complètement et à jamais au patrimoine de l'ascendant, sa succession unique consiste ensuite exclusivement dans les biens non compris dans le partage, soit par un effet de la volonté de l'ascendant, soit parce qu'ils ont été acquis par lui après le partage; que ce sont ces biens et ces biens seuls qui, au décès de l'ascendant, doivent être partagés entre les descendants, conformément à la loi;

» 4° Que c'est seulement sur la masse qu'on doit liquider et fixer la réserve légale et la portion disponible, sans qu'aucun rapport, soit réel, soit fictif des biens compris dans le partage, puisse alors être exigé; d'abord parce qu'ils demeurent, même à l'égard de la réserve légale et de la portion disponible, absolument étrangers à la succession de l'ascendant; en second lieu, parce que la propriété en ayant déjà été acquise pleinement et irrévocablement par chacun des copartagés, il n'est plus permis d'y toucher, ni directement par un rapport réel, ni indirectement par un rapport fictif; enfin, parce que le but de la loi serait manqué, car le sort de la famille demeurerait incertain et comme suspendu jusqu'à la liquidation de la suc-

cession à faire à l'époque plus ou moins éloignée de la mort de l'ascendant ;

» 5° Que le partage peut être attaqué pour lésion de plus du quart, et dans le cas où il en résulte que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet ; mais que, par cela même que cette lésion et cet avantage résultent du partage lui-même, il est au pouvoir de la partie lésée d'agir dès cette époque, et c'est, par conséquent, dès cette époque que doit commencer à courir la prescription de l'une et de l'autre action ;

» Si les copartagés eux-mêmes ont concouru à la formation du partage, s'ils l'ont accepté et exécuté, le partage devient alors ce pacte sacré de famille auquel aucun d'eux ne peut plus porter atteinte. »

Certes on ne saurait mieux dire ni motiver plus puissamment une décision. Puis la Cour de cassation se livre à des constatations de fait qui peuvent aisément être appropriées à toutes les causes de cette nature.

Ainsi, il y sera toujours tenu pour constant et reconnu qu'il était dans l'intention de l'ascendant de disposer dans l'acte de partage, d'un commun accord avec les copartagés, de la quotité disponible seulement proportionnelle aux biens qu'il abandonnait, sans renoncer à disposer de la quotité disponible proportionnelle seulement aux biens qui pouvaient lui survenir, ou non compris dans le partage. Tous les descendants, intéressés et copartageants, ont adhéré à ces intentions, qui étaient aussi les leurs personnelles. Ils ont manifesté clairement leur adhésion par leur concours et leur consentement à toutes les stipulations du partage, et par l'esprit qui les a dirigés. Il est en même temps toujours incontestable que toutes les parties ont reconnu que l'acte était un acte de famille qui devait être entre elles à jamais irrévocable, et dont tout le contenu devait être absolument étranger, sous tous les rapports, au règlement de la succession à venir de l'ascendant sur les biens qu'il pourrait laisser à son décès et qui n'avaient pas été compris dans le partage.

Ne sont-ce pas là le caractère et les effets généraux des partages d'ascendants, à moins, ainsi que le dit elle-même la Cour de cassation, que les parties n'aient exprimé une volonté et des stipulations contraires. Si elles ont expliqué que l'exécution complète et définitive de l'acte devait être renvoyée à l'époque du décès de l'ascendant et au règlement de sa future succession, alors la prescription de l'action en rescision pour lésion de plus du quart ou pour excès de la quotité disponible, ne court plus du jour de l'acte, mais seulement du décès de l'ascendant. C'est que, dans ce cas, l'acte n'a rien d'irrévocable dans son caractère et dans son exécution; que, sous forme de partage de présuccession, il ne contient, en réalité, qu'un abandon provisoire de biens à titre d'avancement d'hoirie; qu'il est, durant la vie du donateur, protégé par la faculté absolue qui lui appartient de disposer, à sa volonté, de sa fortune; qu'enfin les soi-disant copartagés n'ont, jusqu'à son décès, ni pouvoir ni intérêt d'agir. Mais cette exception même résultant des stipulations particulières des contractants ne fait que confirmer la règle générale si bien établie dans l'arrêt du 4 février 1845 (1).

Quoi qu'il en soit, une distinction a été proposée, quant au point de départ de la prescription décennale, entre l'action en rescision pour lésion de plus du quart, et l'action en rescision ou réduction pour excès de la quotité disponible. Tout en convenant que la prescription de la première action commençait à courir du jour même de l'acte, quelques arrêts (2) ont décidé que la prescription de la seconde ne court que du jour du décès du donateur. Mais cette distinction, fondée sur des raisons purement spécieuses que nous combattrons bientôt, a été généralement et à bon droit repoussée par la jurisprudence (3). Ce n'est pas, cependant, que nous ne reconnais-

(1) Vazeille, *Prescript.*, t. 2, n° 563.

(2) Annotateurs de Zachariæ, t. 5, pag. 495, n° 38. — Montpellier, 25 mai 1842. Sirey, 42, 2, 523. — 23 déc. 1846. Sirey, 47, 2, 174. Agen, 28 mai 1850. Sirey, 51, 2, 177.

(3) Troplong, *Donat.*, n° 2333. — Voy. notamm. Cass., 4 fév. 1845.

sions que l'exercice de ces deux actions est soumis à des conditions différentes.

Il a été même décidé, en conséquence de cette distinction, que lorsque l'acte de partage était attaqué pour excès de la portion disponible, l'action ne se prescrivait que par trente ans, du jour du décès du donateur. Il n'a fallu, pour arriver à ce singulier résultat, qu'exagérer la portée des motifs sur lesquels cette distinction a été établie (1).

Voyons enfin sur quelles raisons on se fonde pour ne faire courir que du jour du décès de l'ascendant donateur, la prescription de l'action en rescision du partage anticipé, soit parce qu'il contient une lésion de plus du quart, soit parce qu'il en résulte au profit de l'un des copartagés un avantage plus grand que la loi ne le permet. Nous les demanderons à la Cour suprême, qui a eu à motiver l'abandon qu'elle a fait de sa première jurisprudence. Quant à l'arrêt du 30 juin 1847, par lequel elle a consommé ce retour, après partage, il se borne à dire sèchement que l'action accordée par l'article 1079 est subordonnée, quant à son exercice, à la mort de l'ascendant, qu'en conséquence la prescription ne court qu'à partir de cette époque. Cherchons donc ailleurs des motifs sérieux. Nous en trouvons quelques-uns dans son arrêt du 2 août 1848. « Jusque-là (le décès de l'ascendant), dit la Cour de cassation, les avantages résultant du partage anticipé en faveur d'un ou de plusieurs des héritiers sont protégés par le droit absolu qu'avait l'ascendant, pendant sa vie, de disposer à titre gratuit de ses biens. En outre, un tel partage ne pouvant avoir pour objet que les biens présents, aux termes de l'article 1076, il est incertain jusqu'au décès, si par l'acquisition d'autres biens à partager, l'état de la succession ne serait pas modifié sous le rapport du droit d'invoquer la lésion contre le premier

SIREY, 45, 1, 305.—Bordeaux, 23 mai 1846. SIREY, 47, 2, 174.—Cass., 30 juin 1847. SIREY, 47, 1, 481.—2 août 1848. SIREY, 49, 1, 258. — 16 juill. 1849. SIREY, 49, 1, 622.

(1) Montpellier, 23 déc. 1846. SIREY, 47, 2, 174. — Annotateurs de Zachariæ, T. 5, pag. 495, n[te] 38.

partage, ou sous le rapport de la quotité disponible. Il suit nécessairement de là que ce n'est également qu'à compter de l'époque du décès de l'ascendant que la prescription contre ladite action, accordée par l'article 1079, a pu commencer à courir. »

Ses arrêts postérieurs sont conçus dans des termes semblables. Elle y a seulement ajouté, par forme de considérations, que toute querelle au sujet du partage, du vivant du père, serait une grave atteinte, non seulement à la loi, mais aussi à la morale et au respect de la famille (1). Qu'on les compare à l'arrêt si fortement motivé du 4 février 1845, et l'on pourra ne pas désespérer d'un retour de sa part à sa première jurisprudence.

42. Sous l'empire de notre ancien droit coutumier, les donations entre vifs portant partage, plus connues sous le titre de démissions de biens, étaient généralement révocables à la volonté du donateur. Le droit commun était, quant à ces disposions, leur révocabilité (2). Sous le Code Napoléon, au contraire, leur caractère essentiel, c'est l'irrévocabilité. Elles sont de véritables donations entre vifs, mais avec partage entre les donataires; et cette circonstance particulière, sans leur enlever le caractère d'irrévocabilité qui leur est essentiel, leur attribue certains effets propres à la nature des actes de partage. De là résultent, comme enchaînées l'une à l'autre, toutes les conséquences si bien développées dans l'arrêt de la Cour suprême du 4 février 1845. Toutes les questions qui pourront naître de l'exécution d'un pareil acte, devront donc être renfermées dans l'ordre même des droits qui en résultent pour chacun des donataires copartagés, et dans l'étendue des biens qui ont fait l'objet de la donation et du partage.

Quant à la question spéciale relative à la prescription de l'action en rescision, soit pour lésion de plus du quart ou pour

(1) Voy. 31 janv. 1853. Sirey, 53, 1, 153.

(2) Lebrun, *Success.*, liv. 1, ch. 1, sect. 5, n°s 7 et suiv. — Furgole, *Testam.*, ch. 8, sect. 1, n°s 192 et suiv.

excès de la portion disponible, il est vrai que la loi ne dit nulle part que la prescription court du jour de l'acte. Mais, pour établir qu'elle est suspendue jusqu'au décès du donateur, il faut commencer par prouver que le copartagé lésé ne pouvant agir avant cette époque, est en droit d'invoquer la maxime, *contrà non valentem agere non currit præscriptio.*

Or, dit-on, la loi, par son silence, s'en réfère au droit commun, et le droit commun, en ce qui concerne plus spécialement l'action pour excès de la quotité disponible, est, aux termes des articles 913, 920 et 922, que cette action ne s'ouvre qu'au décès de l'ascendant donateur; que le droit à la réserve légale prend sa source dans la qualité d'héritiers, et n'échoit qu'avec la succession; que l'enfant ne peut d'avance s'interdire, par aucune renonciation, l'exercice de ce droit; que, n'étant pas ouvert durant la vie du donateur, il ne saurait encourir aucune prescription; que la prescription de son action est ainsi suspendue jusqu'au décès de l'ascendant donateur, époque à laquelle seulement il sera possible d'opérer le règlement de la quotité disponible et de la réserve, eu égard à l'ensemble des dispositions excessives et conséquemment réductibles; que jusque-là, enfin, l'action est non recevable (1). Car il a fallu en venir nécessairement à cette conséquence extrême.

Sans doute, en règle générale et dans les circonstances ordinaires, les dispositions excessives sont réductibles à la quotité disponible lors de l'ouverture de la succession de celui qui les a faites (920). Cette réduction se détermine en formant la masse de tous les biens existants au décès du donateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donation entre vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer (922).

(1) Paris, 8 avril 1850. SIREY, 50, 2, 305. — Cass., 14 juill. 1852. SIREY, 52, 1, 749. — Limoges, 25 juin 1855. SIREY, 55, 2, 511. — Agen, 17 nov. 1856. SIREY, 56, 2, 662.

Mais est-ce bien le cas d'appliquer ici ces dispositions? Leur application suppose, de la part des enfants donataires copartagés, le rapport de tout ce qu'ils ont reçu, rapport qui doit s'opérer, du moins fictivement, lors du décès du donateur. Or, ce rapport ne saurait être fait. Tout rapport entre cohéritiers suppose, en effet, essentiellement une donation qui est faite à l'un, et qui, en même temps, n'est pas faite à l'autre. Il a pour principe et pour but d'établir l'égalité entre les copartageants, et, dans le cas particulier, d'assurer la réserve légale. Mais, lorsqu'il s'agit de donations faites également et simultanément à tous, ou plutôt d'une donation unique avec partage entre tous de son émolument, il ne saurait être question, dans ce cas, de rapports même fictifs, en vue d'établir une égalité qui peut être établie tout de suite, en se référant directement à l'acte même de donation contenant partage au profit de tous les donataires. Et cet acte offre lui-même une base certaine de calculs, puisqu'il n'embrasse que des biens présents, les seuls qu'il puisse comprendre (1076). En un mot, les rapports s'effectuent en vue d'un partage à faire, mais jamais en conséquence d'un partage consommé, qui ne fait que réaliser, par une application anticipée, le principe de la copropriété de la famille.

L'article 1079, en ouvrant une double action, suivant les cas, contre le partage de présuccession, établit clairement qu'il doit être envisagé en lui-même ; que, pour l'apprécier, on n'a pas besoin de se reporter au décès du donateur; que ce décès ne peut le modifier en rien; qu'en conséquence il n'existe aucun obstacle à ce que, dès le lendemain, la partie lésée l'attaque, soit pour lésion de plus du quart, soit pour excès de la portion disponible, si faible qu'elle soit. Dès lors, l'action étant ouverte dès le jour de l'acte, la prescription doit courir de ce moment-là.

De ce que l'acte peut être attaqué du vivant du donateur, il suit que, pour apprécier la lésion ou l'excès de la quotité disponible il faut estimer les biens, non pas suivant leur valeur au décès du donateur, mais suivant leur valeur au mo-

ment de la donation (1). C'est que, en effet, l'acte de partage est indépendant des éventualités de l'avenir; qu'il ne peut être soumis à un nouveau règlement, et qu'on ne comprend pas, si on lui attribue un caractère et des effets définitifs, que, d'une part, on puisse l'attaquer avant le décès du donateur, et que, d'autre part, on ne doive pas, pour apprécier la lésion, se reporter à une époque antérieure à ce décès. Telle est la conséquence du caractère irrévocable et définitif qu'il nous paraît avoir entre tous les copartagés?

Ajoutons qu'il n'est pas révoqué par le décès de l'un des donataires avant le père de famille donateur, et que, si ce donataire est mort sans enfants, les autres donataires, qui ont été réduits à la réserve légale dans le partage, ne peuvent demander le rapport réel ou fictif des biens qui ont été l'objet de la donation, pour faire déterminer le montant de leur réserve sur ces biens, eu égard au nombre des seuls enfants existants au décès du donateur (2) : nouvelle preuve que le partage est irrévocablement consommé.

L'article 1077 confirme lui-même cette séparation qui existe entre le partage anticipé et la succession proprement dite de l'ascendant donateur. En effet, si tous les biens qu'il laissera à son décès n'y ont pas été compris, ceux de ses biens qui n'y auront pas été compris devront être partagés conformément à la loi. Il y a donc, en quelque sorte, deux successions, l'une partagée entre vifs, par acte de donation contenant partage, suivant la volonté du donateur, et l'autre, au contraire, la véritable, la seule réelle, qui doit être partagée entre les héritiers, au décès du donateur, conformément à la loi. Ces deux successions et les masses de biens qui y correspondent sont ainsi sans contact entre elles, sans influence l'une sur l'autre, non seulement quant à la composition des lots et l'égalité respective du partage, mais encore quant à la fixation de la quo-

(1) Nîmes, 24 déc. 1849. SIREY, 50, 2, 308. — *Contrà*, Cass., 18 fév. 1851. SIREY, 51, 1, 340. — Agen, 30 déc. 1856. SIREY, 57, 2, 33.

(2) Montpellier, 7 fév. 1850. SIREY, 50, 2, 561.

tité disponible, et à l'action en rescision pour lésion ou en réduction, fondée sur l'excès de cette quotité. Ces deux actes, susceptibles d'une appréciation distincte et d'une exécution séparée, ne sauraient donc être réunis ni confondus; et la donation avec partage étant, dans son exécution, indépendante du décès du donateur, les actions auxquelles elle peut donner lieu sont prescriptibles, sans que la vie du donateur soit une cause de suspension de la prescription et d'irrecevabilité de la demande.

Est-on choqué de ces mots, deux successions? Dira-t-on qu'il n'y a pas de succession d'un homme vivant, *nulla viventis hæreditas?* M. Troplong lui-même ne se fait pas scrupule de les employer. *Cette seconde succession*, dit-il, en parlant des biens qui ne sont pas compris dans le partage, et que l'ascendant laisse à son décès. Après tout, ce ne sont que des mots, et nous les écarterons volontiers. Nous dirons alors qu'il y a un premier partage des biens donnés; que ces biens, à titre de biens donnés et partagés, sont désormais en dehors de tout rapport ultérieur, et que l'ouverture de la succession proprement dite n'exerce sur lui aucune influence, soit quant à la composition des lots et la distribution des biens, soit quant à la prescription des actions en rescision auxquelles ce contrat peut, par lui-même, donner immédiatement ouverture en faveur de chaque copartagé.

Mais, dit-on, si l'article 1077 dispose que les biens non compris dans le partage seront, au décès du donateur, partagés conformément à la loi, il ne fait que reproduire un principe consacré par l'article 887, pour les partages ordinaires. Or, le partage primitif et le partage supplémentaire doivent se combiner pour le calcul de la réserve légale et de la quotité disponible. Il ne saurait en être autrement du partage ordonné par l'article 1077. Il doit également se combiner avec le partage entre vifs, qui s'est opéré par voie de donation.

Nous remarquons d'abord que l'article 887 parle de supplément à l'acte de partage. Ces deux actes ne font donc, par leur réunion, qu'un seul et même acte de partage; et ils doi-

vent, par suite, se combiner pour l'appréciation de la lésion qui peut s'y rencontrer, alors du moins que l'action en lésion tend à les faire rescinder tous deux. Mais l'article 1077 ne parle pas de partage supplémentaire; il se borne à dire que les biens non compris dans la donation seront partagés conformément à la loi. Il les distingue donc l'un de l'autre, au lieu de les confondre pour constituer une succession et une masse uniques Tant il est vrai que tout répugne à cette confusion, dans le caractère et les effets des partages d'ascendants : l'irrévocabilité de l'acte; le dessaisissement actuel du donateur; la translation immédiate des biens aux donataires copartagés; leur retrait du patrimoine du donateur; la réduction de son hérédité proprement dite aux biens non compris dans le partage; la fixation, sur l'une et sur l'autre masse de biens, séparément, de la réserve légale et de la portion disponible qui y correspondent.

Si donc le père de famille avait fait plusieurs partages successivement entre ses enfants, il n'y aurait pas, suivant nous, lieu de les combiner, afin de voir, par l'examen de leur ensemble, s'il y a ou non lésion de plus du quart, ou ébrèchement de la réserve légale au préjudice de l'un des copartagés. Chacun de ces actes doit être apprécié séparément (1), à moins qu'il ne résulte des circonstances et des clauses du partage subséquent qu'il se rattache et se lie au partage antérieur, pour ne former qu'un tout, et en vue d'en corriger ou atténuer les effets lésionnaires.

L'article 1079 établit de la manière la plus claire que ces questions de réserve légale et de quotité disponible peuvent être débattues entre les copartagés, du vivant même du donateur, mais qu'elles doivent être en même temps renfermées dans les limites de la donation contenant partage qui y donne lieu. En effet, cet article dispose formellement que le partage pourra être attaqué dans le cas où il résulterait de cet acte et

(1) *Contrà*, TROPLONG, *Donat.*, n° 2338.—Cass., 18 déc. 1854. SIREY, 55, 1, 572.

des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet. Qu'est-ce donc que cet avantage excessif, prohibé par la loi? C'est une atteinte à la réserve légale. Voilà donc des réservataires, non encore héritiers, mais donataires par présuccession, en présence d'un homme vivant, en dehors de toute hérédité.

L'article 1079 réserve-t-il ces questions de légitime et de portion disponible, pour le temps où la succession du donateur sera ouverte? Nullement. Le partage pourra être attaqué, c'est-à-dire qu'il pourra l'être comme acte entre vifs, tout de suite, sans attendre l'ouverture de la succession du donateur, parce que la lésion éprouvée crée au profit de celui qui la subit un intérêt actuel à attaquer l'acte d'où elle résulte. Or, si le copartagé lésé peut, d'ores et déjà, attaquer le partage, il le doit, sous peine d'encourir la prescription décennale. Car il suffit qu'une action soit ouverte, pour que tout aussitôt elle se prescrive.

Si la loi entendait que le partage de la succession proprement dite, qui doit être fait conformément à la loi, dût exercer quelque influence sur le partage entre vifs déjà consommé, elle n'aurait pas ainsi marqué cette distinction tranchée entre l'un et l'autre partage; elle n'aurait pas dit surtout que le partage des biens donnés entre vifs pourrait être attaqué pour lésion de plus du quart ou pour excès de la portion disponible. Ces mots sont précieux. Il suffit que cet excès existe; le partage peut être attaqué. La loi ne considère ainsi que la donation contenant partage, et nullement la succession ultérieure non ouverte. La lésion s'apprécie donc sur les dispositions mêmes de l'acte de partage, sur l'objet spécial de la donation. Le mode ordinaire de calculer la portion disponible et la réserve ne s'appliquera donc qu'à la succession proprement dite, qui se composera, pour être partagée conformément à la loi, des biens autres que ceux déjà donnés et partagés.

Cette parfaite indépendance de la donation et de l'hérédité devient encore plus sensible, si l'on suppose que l'ascendant,

après avoir fait une donation contenant partage de ses biens présents, fait par acte testamentaire le partage des biens qu'il laisse à son décès. Comment combiner alors des actes aussi étrangers l'un à l'autre par les volontés qui y ont présidé, que par les biens auxquels ils s'appliquent? Ils doivent, au contraire, être appréciés séparément, et le seul lien qui les rattache résulte de ce qu'ils concourent pour opérer la distribution de l'entière fortune de l'ascendant. Que sera-ce donc, enfin, si l'on suppose que dans le dernier acte testamentaire, un étranger est appelé avec les descendants à prendre part à la succession proprement dite? Cette diversité de personnes, jointe à la diversité d'actes et de biens, montre mieux encore la nécessité de distinguer absolument chaque opération de partage.

43. L'on comprend sans peine que la plupart des raisons par lesquelles on prétend suspendre la prescription de l'action en réduction jusqu'au décès de l'ascendant donateur, ne sauraient également s'appliquer au cas où il s'agit de l'action en rescision pour lésion de plus du quart. Aussi, quelques arrêts ont-ils essayé, ainsi que nous l'avons vu, d'établir une distinction entre ces deux actions, distinction repoussée par le texte même de l'article 1079, qui les assimile en les confondant dans une seule et même disposition. Mais si les mêmes arguments ne conviennent pas tous également pour établir que la prescription de l'une et l'autre action est suspendue jusqu'au décès de l'ascendant donateur, il en est cependant quelques-uns, ou plutôt quelques considérations communes, qui s'appliquent aussi à l'action en rescision pour lésion de plus du quart. Nous devons les examiner.

Ainsi l'on dit, et c'est la plus forte raison sur laquelle s'appuie la Cour suprême, que le donateur ne doit rien aux donataires; qu'il donne par générosité pure; que les copartagés doivent donc, en attendant l'ouverture de sa succession, se tenir pour satisfaits de ce qu'il a bien voulu leur donner, si peu que ce soit; qu'en conséquence les avantages excessifs et

les distributions lésionnaires des biens donnés sont protégés jusqu'à son décès par la faculté absolue qu'il a, pendant sa vie, de disposer, à titre gratuit, de ses biens.

Il y a sans doute beaucoup de vérité ; mais il nous semble qu'il y a en même temps beaucoup de confusion dans cet argument. La vérité en serait parfaite, s'il s'agissait de donations distinctes, isolées, faites séparément à chacun des donataires. Mais il s'agit, au contraire, d'une donation unique, faite collectivement et simultanément à plusieurs ; et, à ce titre, elle aboutit, dans l'intention du donateur, comme dans l'intention des donataires qui acceptent, nécessairement à un partage et à une distribution des biens qui y sont compris.

Il est tellement vrai que l'on ne saurait assimiler les donations faites dans les termes des articles 1075 et suivants, aux donations ordinaires entre vifs, que, si un ou plusieurs enfants ont été omis, les autres enfants donataires ne peuvent pas, pour échapper aux conséquences de la nullité que l'article 1078 prononce pour le tout, renoncer à la succession de l'ascendant donateur, en vue de retenir sur les biens donnés, comme s'il s'agissait d'une simple donation sujette à rapport, et leur part dans la réserve et la quotité disponible (1). C'est que cette donation a un caractère spécial, à cause de sa nature collective et complexe.

Or, les donataires étant en même temps copartagés, et le donateur entendant faire le partage des biens, les règles du droit commun doivent régir l'acte, comme donation d'abord, et ensuite comme partage.

Au premier point de vue, qui est la libéralité, le donateur use d'une faculté absolue de disposition ; mais au second point de vue, qui est le partage, il est tenu de faire entre les donataires, conformément aux principes généraux du droit, une juste et équitable distribution de ses biens. Ce n'est même que sous la foi de cette juste et équitable répartition que les donataires acceptent la donation. Car leur

(1) Caen, 10 mai 1852. SIREY, 53, 2, 71.

rôle dans l'acte n'est point absolument passif, et si le donateur copartageant les domine de toute l'autorité que lui confère sa double qualité de donateur et d'ascendant, ils n'en ont pas moins le droit de déterminer les conditions de leur acceptation, et d'en appeler, entre eux, de l'erreur ou de l'injustice du père de famille à la protection de la loi. A ce titre de copartagés, et en vertu des obligations qu'ils contractent les uns envers les autres, les donataires ont donc le droit d'exiger, non pas contre le donateur, mais entre eux, l'observation des règles posées par le droit commun pour maintenir l'égalité des partages.

On ajoute qu'il peut arriver que, par l'acquisition postérieure d'autres biens à partager lors de l'ouverture de la succession du donateur, l'état de cette succession soit modifié, soit sous le rapport du droit d'invoquer la lésion contre le premier partage, soit sous le rapport de la quotité disponible.

Il est incontestable que l'ascendant donateur peut, par la distribution des biens non compris dans la donation, modifier les résultats du partage de présuccession, mais en ce sens seulement qu'il peut, en faisant des avantages tardifs aux copartagés lésés, corriger soit la lésion, soit l'excès de la portion disponible qui existaient dans le premier partage. Mais il est incontestable aussi que, ces biens devant être partagés conformément à la loi, la lésion ou l'excès de la quotité disponible résultant de la donation antérieure, ne sauraient être modifiés ni corrigés par le partage de la succession proprement dite, s'il n'existe aucune disposition spéciale de la part du donateur, à titre de dernière volonté. Le premier partage est alors maintenu dans tous ses effets et dans l'exécution qui lui a été donnée. Il faudrait du moins établir que le partage anticipé et le partage de la succession se confondent, et doivent être combinés pour le calcul de la lésion de plus du quart ou de l'excès de la portion disponible; en un mot, qu'il ne doit être fait, pour le calcul de ce règlement, qu'une seule masse de tous les biens. Mais c'est là précisément ce qu'il s'agit de

prouver. Lors donc qu'on parle de modification ultérieure possible, on suppose prouvé et constant le point même qui est en question.

Nous n'admettons pas, en effet (1), que l'on doive rapporter fictivement les biens compris dans un partage d'ascendant fait entre vifs, dans le but d'établir, lors du partage de la succession, le montant de la quotité disponible. L'article 922 nous paraît ici inapplicable, soit qu'il s'agisse d'apprécier l'étendue légale des avantages résultant de l'acte de partage, ou des libéralités résultant d'actes postérieurs envers les mêmes personnes ou des personnes différentes. Il y a deux masses totalement distinctes :

Il s'agit sans doute uniquement de recomposer, pour déterminer la quotité disponible, la masse de la succession, en rapportant fictivement et en réunissant, suivant l'art. 922, aux biens qui se trouvent dans la succession, ceux qui ont fait l'objet de la donation portant partage. Le rapport n'en est que fictif; il ne se fait que par forme de calcul, et les biens qui en font le sujet ne sont soumis à aucun rapport effectif et réel qui les ferait entrer dans le partage de la succession.

Néanmoins, bien qu'alors le rapport ne se fasse que d'une manière fictive, et que la portion disponible, quand elle est fixée, ne se prélève effectivement que sur les biens qui n'ont pas été compris dans le partage entre vifs, soit que l'ascendant donateur se les soit réservés lors de la donation, ou qu'ils les ait acquis postérieurement, un semblable rapport ne saurait se concilier avec l'irrévocabilité du pacte de famille.

(1) Voy. dans le sens du rapport fictif, Douai, 21 mai 1851. Sirey, 51, 2, 596. — Paris, 12 janv. 1854. Sirey, 54, 2, 59. — Bourges, 21 fév. 1853. Sirey, 54, 2, 253. — Bordeaux, 6 avril 1854. — Grenoble, 4 juill. 1854. Sirey, 54, 2, 762. — Besançon, 7 août 1854. Sirey, 55, 2, 599. — Colmar, 21 fév. 1855. Sirey, 55, 2, 625. — Amiens, 12 juill. 1855. Sirey, 56, 2, 97. — Dans le sens contraire, Troplong, *Donat.*, nos 964, 2300, 2316. — Cass., 4 fév. 1845. Sirey, 45, 1, 305. — Bordeaux, 23 déc. 1852. Sirey, 53, 2, 192. — Rouen, 25 avril 1853. Sirey, 54, 2, 253. — Dijon, 11 mai 1844. Sirey, 44, 2, 669. — Rouen, 25 janv. 1855. Sirey, 56, 2, 97.

D'une part, en effet, il ne laisse pas de réagir sur l'efficacité de la donation antérieure; et, d'autre part, la fixation de la quotité disponible étant corrélative à celle de la réserve, doit nécessairement s'établir sur la même masse de biens réunis. Or, si l'on admet le rapport fictif pour calculer la portion disponible, il faut également l'admettre pour établir le montant de la réserve. Mais comme les droits à la réserve s'exercent par voie de réduction ou de rapport effectif, dans les relations des réservataires à l'égard des donataires, il s'ensuit que le rapport, d'abord fictif pour le calcul de la quotité disponible, devient très réel pour l'exercice de la réserve; d'où la conséquence que le partage anticipé, dont on semble ménager le caractère irrévocable, est cependant exposé à recevoir une très grave atteinte dans son exécution et dans ses effets. Et cette atteinte sera tout à fait sensible, si l'on suppose qu'au décès de l'ascendant donateur, époque du calcul, les biens donnés ont perdu de leur valeur pour quelques-uns des donataires, et augmenté, au contraire, de valeur pour les autres.

Disons donc que, à moins d'une réserve spéciale, l'article 922 est inapplicable dans ce cas, et que les biens qui se trouvent dans la succession proprement dite du donateur, se partagent suivant la loi ou ses dispositions testamentaires, abstraction faite de ceux qui ont fait l'objet d'un partage antérieur. Ce n'est pas enfin sans une manifeste inconséquence, que ceux qui admettent le principe de l'irrévocabilité des partages de présuccession, et repoussent toute application du rapport même fictif, ajournent néanmoins jusqu'au décès du donateur le cours de la prescription décennale et l'exercice de toute action.

Quant aux circonstances qui peuvent modifier l'état de la succession, à son ouverture, nous ne voyons guère d'ailleurs comment cette éventualité, en l'admettant comme légalement possible, pourrait mettre le copartagé lésé dans l'impossibilité d'agir. Elle peut sans doute diminuer l'intérêt de son action;

mais son action n'en est pas moins ouverte, car elle se fonde sur un intérêt actuel.

En fait même, la lésion peut être irrémédiable, si déjà le donateur a disposé de toute la quotité disponible par une institution contractuelle. Fera-t-on une exception dans ce cas? Si on ne la fait pas, on est inconséquent avec les motifs qu'on invoque; si on la fait, on détruit le principe qu'on pose.

Prétendrait-on que le copartagé lésé doit attendre, pour réclamer, le décès du donateur, de même que l'enfant omis doit attendre cette époque pour faire annuler le partage? Mais les positions sont bien différentes. Comment, en effet, l'enfant non compris dans le partage réclamerait-il, du vivant du donateur, contre un acte qui repousse lui-même son action, en l'excluant de toute participation à l'objet donné? N'étant point donataire, il est sans droit jusqu'à l'ouverture de la succession. Mais le copartagé lésé est, au contraire, donataire; il est compris dans le bénéfice de l'acte; pour une part lésionnaire, il est vrai; mais c'est justement pour cela que l'article 1079 lui confère le droit d'attaquer l'acte de partage.

On dit encore que le laps de dix ans ne vaut que comme ratification supposée de l'acte; or, la ratification d'une donation n'est valable que de la part des héritiers du donateur; donc, ajoute-t-on, la donation portant partage ne peut pas être ratifiée de son vivant; donc la prescription de l'action en rescision est suspendue.

Mais il ne s'agit ici nullement de ratifier une donation. Ce n'est pas comme héritiers ou ayants-cause du donateur, que les donataires ratifient par leur silence durant dix ans; ils ratifient simplement le partage et la distribution des biens, et ils le font en ce qui concerne leurs droits respectifs comme copartagés. Cette ratification, si tant est qu'il y ait ratification, est bien différente de celle que prévoit l'article 1340, du donateur aux donataires; car elle va de donataire à donataire, ou plutôt des donataires au donateur copartageant. Ajoutons enfin qu'il ne s'agit point ici de vices de forme à couvrir.

Prétend-on ajourner l'exercice de l'action au décès du dona-

teur, sous le prétexte que, de son vivant, l'action ne serait pas libre, parce que, autrement, le donataire lésé se trouverait placé entre son intérêt et la crainte révérentielle? Cette considération n'a aucune portée légale. Elle ne prouve rien en prouvant trop. Car si elle est vraie, pourquoi la loi ne suspend-elle point la prescription du père au fils? Et remarquez que dans les autres actions les raisons en sont plus fortes; car dans l'action du donataire contre le partage, le respect filial peut se sauver par une allégation adoucie d'erreur envers le père de famille, tandis que, dans les autres, il y a une accusation plus directe d'injustice ou de mauvaise foi. Que devient d'ailleurs cette considération, dans le cas où le donateur se borne à faire une démission de biens, collectivement et indivisément, en laissant aux donataires le soin d'en faire ensuite le partage entre eux, conformément aux bases établies?

On veut enfin fonder la suspension de l'action jusqu'au décès de l'ascendant donateur, sur son anéantissement même, dans le cas où elle serait exercée plus tôt. Le père, dit-on, a donné pour que les biens fussent partagés de telle manière; le mode même de la distribution est la condition de la donation. Or, la rescision annule le partage; donc la cause de la donation s'efface, et les biens doivent retourner au donateur; donc, de son vivant, l'action, sous peine de périr par son exercice même, ne peut être intentée.

Cette objection nous semble un pur sophisme. La cause de la donation n'est point, en effet, dans le partage, ni dans le mode de distribution; elle est dans la libéralité du père de famille. Il n'est donc pas vrai que la rescision du partage doive avoir pour effet de faire disparaître l'objet même du partage, en faisant retourner les biens donnés dans les mains du donateur. La donation subsiste toujours, malgré la rescision prononcée du partage; elle subsiste comme donation collective, et les biens retombent dans l'indivision, voilà tout, pour être partagés d'une manière conforme à la loi, comme le donateur lui-même est censé avoir voulu qu'ils le fussent. Il n'a point séparé, il est vrai, la donation du partage; mais quelle que

soit la considération en laquelle il ait pris, dans cet acte de juridiction domestique, la manière dont il faisait la distribution de ses biens, il lui a été interdit de faire d'un mode illégal de partage la condition de sa donation. Cette condition, fût-elle expresse, serait réputée non écrite, comme contraire aux prohibitions de la loi. Reste donc la donation, après la rescision du partage; et il ne s'agit plus que de le refaire d'une manière conforme à la loi.

Ce n'est pas que la partie lésée qui attaque le partage, entende exercer contre les autres copartagés une garantie quelconque; elle se borne à leur demander que sa part, comme copartagée, soit établie d'après les principes d'égalité communs à tout partage, principes qui ne ressemblent nullement à ceux qui régissent les actions en garantie proprement dites.

Chose remarquable! chaque opinion prétend encourager les partages d'ascendants, et leur donner toute la solidité que réclament leur nature et l'intérêt public. Quant à nous, nous demeurons convaincu que le père de famille se gardera de toute injuste distribution de ses biens et de toute inégalité excessive dans leur partage, avec d'autant plus de soin qu'il saura que, de son vivant même, cet acte peut être une source de contestations domestiques. Telles sont les raisons qui nous font préférer la première jurisprudence de la Cour de cassation. Y reviendra-t-elle? Peut être. Mais, en présence d'une jurisprudence contraire qui se fortifie chaque jour, il est à croire qu'elle n'y reviendra pas de longtemps. Attendons.

Quand nous disons que l'action en rescision d'un partage d'ascendant est prescriptible par dix ans, du jour de l'acte devenu parfait par l'acceptation des copartagés, et non point seulement du jour du décès de l'ascendant, nous laissons suffisamment entendre que nous ne nous occupons que des partages faits par donation entre vifs. Quelle sera dès lors la durée de la prescription, quant à l'action en rescision, lorsque le partage aura été fait par dispositions testamentaires?

Les uns pensent que, dans ce cas, l'action ne se prescrit que par trente ans à partir du décès de l'ascendant, et que même

la durée de cette prescription en est suspendue jusqu'à la découverte du testament qui contient le partage (1). Ils disent que la prescription décennale, établie par l'article 1304, est seulement applicable aux conventions, et qu'elle est étrangère aux actes d'une autre nature ; ce qui est incontestable. Et ils ajoutent que, si le testament est inconnu, la suspension de la prescription résulte alors de l'impossibilité même d'agir.

Les autres (2) soutiennent, au contraire, que la prescription de dix ans est également applicable, et qu'elle court du jour de la découverte du testament, après le décès du testateur. Ces deux opinions nous paraissent l'une et l'autre trop absolues. Elles ne répondent pas à la diversité des hypothèses qui peuvent se présenter.

Supposons, en effet, que les parties soient restées dans l'indivision. Aussi longtemps que leur action en pétition d'hérédité et en partage ne sera pas prescrite, elles pourront demander la rescision du partage, sans préjudice même de l'application de la maxime *quæ temporalia*. Il est vrai alors que la prescription ordinaire est seule applicable, et non celle établie par l'article 1304.

Que si les parties ont fait un partage différent, en connaissance du testament, elles pourront être réputées avoir considéré comme nul le partage qu'il contient.

Si elles ont agi dans l'ignorance du testament, elles ont alors à exercer contre leur partage une action en rescision pour erreur, laquelle se prescrira par dix ans, du jour de la découverte du testament ; et alors celles qui prétendront que le partage testamentaire doit être rescindé, pourront en demander la rescision, et invoquer la maxime *quæ temporalia*.

Que si enfin elles ont exécuté le partage testamentaire, de manière cependant à ne pas se rendre non recevables à l'attaquer de rescision, elles devront le faire dans les dix ans de

(1) Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. 5, pag. 489, nte 18.—Voy. encore Troplong, *Donat.*, nos 2331, 2335.

(2) Duranton, t. 9, no 646.

l'acte d'exécution. Elles se le sont, en effet, approprié en l'exécutant, et elles en ont fait le sujet d'une convention, contre laquelle elles doivent se pourvoir, en conformité et dans les délais de l'article 1304.

44. La prescription décennale établie par l'article 1304, ne s'applique qu'aux seules actions en rescision ou en nullité. Elle est donc inapplicable, ainsi que nous l'avons déjà dit, aux actions en résolution de contrats, en répétition de l'indû, en révocation pour fraude, en règlement ou rectification de comptes, en révocation ou réduction de donations ou autres dispositions à titre gratuit.

45. Elle ne s'applique pas non plus aux actes faits par les tiers, par exemple, à la vente de la chose d'autrui, en ce qui concerne l'action en revendication intentée par le véritable propriétaire. La prescription ordinaire est la seule qui puisse être opposée à ce dernier.

Les actions en nullité ou en rescision supposent, en effet, un débat engagé entre les parties contractantes elles-mêmes. Pour avoir le droit de se prévaloir de la prescription décennale établie par l'article 1304, il faut donc avoir personnellement figuré dans l'acte, de sa personne ou par mandataire. Cette condition est essentielle, et vient la première. Ainsi, le mineur dont les immeubles ont été vendus par un tiers étranger, n'a qu'à exercer l'action en revendication contre l'acquéreur, sans qu'il soit tenu préalablement de faire juger la nullité de la vente. Et son action ne pourra être repoussée que par la prescription ordinaire (1).

Quant aux parties elles-mêmes qui ont contracté sur une chose appartenant à autrui, l'article 1304 leur est inapplicable. S'agit-il, par exemple, d'un contrat de vente, l'article 1599 dit bien que la vente de la chose d'autrui est nulle; mais nous avons expliqué ailleurs (2), que cette nullité se rattache aux

(1) Cass., 8 déc. 1813. Sirey, 14, 1, 213.
(2) 1228, nos 28 et suiv.

obligations personnelles du promettant, et à la nécessité où il est de les accomplir. Aussi, la fondant sur un défaut d'exécution, avons-nous fait de cette prétendue action de nullité une véritable action en résolution. Elle n'est donc, comme telle, soumise qu'à la prescription ordinaire, ou plutôt à la même prescription que l'action en payement ou en garantie dont elle est le corollaire. Il est, en effet, impossible de comprendre comment le stipulant, qui est encore à temps de poursuivre l'autre partie en exécution de ses engagements, serait néanmoins forclos de l'action qui correspond au défaut d'exécution de ces mêmes engagements; comment enfin son action se trouverait prescrite avant que la cause en fût éteinte. L'article 1304 n'est donc pas applicable dans ce cas, et le stipulant n'en est pas réduit, après le laps de dix ans, à attendre son éviction pour agir alors en garantie (1).

16. Mais quelle prescription convient-il d'appliquer, si la vente des biens du mineur a été consentie sans formalités par le tuteur? Dans le cas où le mineur devra se pourvoir contre la vente par action en nullité ou en rescision, il y aura lieu à la prescription décennale établie par l'article 1304. Dans le cas contraire, ce sera la prescription ordinaire qui seule sera applicable. Mais dans quel cas le mineur est-il alors tenu d'agir par voie de rescision ou de nullité? Cette question trouve sa solution dans une distinction que nous croyons nécessaire et fondée.

Si la vente a été faite par le tuteur, non en sa qualité de tuteur, mais en qualité de propriétaire, qui est celle en laquelle il est censé agir lorsqu'il n'en prend pas expressément une autre, dans ce cas, le mineur qui n'a pas été partie dans l'acte, ni de sa personne, ni sous le nom de son tuteur, n'a pas à intenter d'action en nullité ou en rescision. Il n'a qu'à se pourvoir en revendication contre l'acquéreur, et sa demande ne pourra être repoussée que par la prescription ordinaire ac-

(1) *Contrà*, TROPLONG, *Vente*, n° 239.

quise en faveur de ce dernier. Il est, par rapport au contrat passé par son tuteur, mais non en qualité de tuteur, un tiers étranger à qui cet acte ne peut être opposé, pas plus qu'une vente de la chose d'autrui ne peut l'être au vrai propriétaire.

Mais si le tuteur a contracté en cette qualité, au nom de son pupille, il y a plus de difficulté. Sous notre ancien droit, beaucoup d'auteurs pensaient, et leur opinion a été reproduite sous le Code Napoléon, que la vente était radicalement nulle; que le mineur n'avait pas besoin de se pourvoir par action en rescision ou en nullité; que la maxime, *factum tutoris factum pupilli*, n'était vraie que lorsque le tuteur, agissant au nom de son pupille, s'était conformé aux règles de la tutelle; que hors de là il ne le représentait pas et ne l'obligeait pas par son fait; que le mineur agissant alors *par la loi apparente* pouvait s'adresser, par voie de revendication, au détenteur, *tanquam possidentem sine titulo*, comme possesseur sans titre, et comme ayant acquis d'une personne qui n'avait pas le pouvoir d'aliéner, *a non habente potestatem* (1).

De ce que le mineur pouvait agir ainsi en revendication, sans prendre la voie de nullité ou de rescision, il s'ensuivait que son action ne pouvait être repoussée que par la prescription ordinaire, destinée à protéger les tiers possesseurs, c'est-à-dire de trente ans, puisque l'acte lui-même constituait l'acquéreur de mauvaise foi, en lui faisant connaître le vice de son acquisition.

D'autres, au contraire, pensaient que le mineur, soit qu'il fût tenu ou non de prendre des lettres de rescision, n'avait que dix ans pour agir, d'après l'ordonnance de 1539; et, depuis la promulgation du Code, cette opinion a été consacrée par divers arrêts (2).

(1) DESPEISSES, T. 1, pag. 810. — BASNAGE, *Œuvres complètes*, T. 2, pag. 467. — CHABROL, *Auvergne*, T. 2, pag. 157. — POTHIER, *Propriété*, n° 353.

(2) Cass., 14 nov. 1826. SIREY, 27, 1, 306. — Riom, 8 mai 1829. SIREY, 29, 2, 296.

La même controverse a continué sous le Code ; les uns ont pensé, sans distinction, que l'action du mineur durait trente ans (1); les autres, suivant la distinction que nous avons posée, qu'elle ne durait que dix ans (2).

Cette dernière opinion nous paraît préférable. L'article 1304 pose, en effet, comme principe général, que les actions en nullité ou en rescision se prescrivent par le laps de dix années. Si, dans les dispositions accessoires qui le terminent, il fixe le point de départ de la prescription, suivant la nature du vice particulier qui fonde l'action en nullité ou en rescision, c'est moins en vue de restreindre l'application du principe qu'il vient de consacrer, que d'en régler, dans certains cas, le mode d'application. Il suffit donc qu'il s'agisse d'une action en nullité ou en rescision pour que cette action se prescrive par dix ans, si la durée n'en a point été limitée à un moindre temps par une loi particulière.

Cette prescription décennale est même également applicable dans le cas où, s'agissant de biens indivis entre des majeurs et des mineurs, le tuteur n'a concouru qu'à la vente d'une partie de ces biens, et a d'ailleurs postérieurement approuvé les autres actes d'aliénation (3).

On objecte vainement que l'article 1304, ne faisant courir la prescription que du jour de la majorité, à l'égard des actes

(1) DURANTON, t. 12, n° 545; t. 10, n° 282; t. 3, n° 598. — VAZEILLE, *Prescript.*, n° 550.—GRENIER, *Hyp.*, t. 1, n° 48.—Metz, 1er juin 1821. SIREY, 24, 2, 154. — Riom, 13 déc. 1826. SIREY, 27, 2, 147. — Bordeaux, 10 juill. 1829. SIREY, 29, 2, 319. — Toulouse, 7 juin 1830. SIREY, 31, 2, 66.—Grenoble, 21 mars 1833. SIREY, 33, 2, 580.—Rennes, 1er août 1833. SIREY, *ibid.*

(2) ZACHARIÆ, t. 2, pag. 441, nte 10. —MARCADÉ, art. 1311, n° 2. — Cass., 14 nov. 1826. SIREY, 27, 1, 306.—Riom, 8 mai 1829. SIREY, 29, 2, 296.— Toulouse, 13 mai 1829. SIREY, 30, 2, 351.—Nîmes, 14 janv. 1839. SIREY, 39, 2, 369. — Cass., 25 nov. 1835. SIREY, 36, 1, 130. — Paris, 2 nov. 1840. SIREY, 41, 2, 134. — Rouen, 17 janv. 1846. SIREY, 47, 2, 351.—Grenoble, 10 juin 1842. SIREY, 43, 2, 144.—Cass., 7 juil 1851. SIREY, 51, 1, 641.

(3) Cass., 7 juill. 1851. SIREY, 51, 1, 641.

faits par les mineurs, suppose, par cela même, que la prescription décennale n'est applicable qu'aux actes faits par les mineurs en personne, et non à ceux faits en leur nom par leur tuteur. En effet, dans les principes du Code, le mineur placé en tutelle n'est point censé agir par lui-même; c'est le tuteur qui est toujours réputé agir pour lui et en son nom. Il n'y a donc, aux yeux de la loi, aucune différence entre les actes faits par le mineur en personne et ceux faits pour lui par le tuteur. Ils sont, les uns et les autres, également soumis aux mêmes actions en nullité ou en rescision, suivant les vices dont ils sont atteints.

Le tuteur est sans doute astreint, dans l'accomplissement de certains actes, à l'observation des formalités prescrites par la loi pour leur entière et parfaite validité. Mais, de ce qu'il en aura négligé l'exécution, il n'en faut point conclure qu'il ait, par cela même, cessé de représenter le mineur dans les actes qu'il aura faits en son nom. Il continue, nonobstant l'inaccomplissement des formalités prescrites, de le représenter, parce que la loi ne fait point dépendre sa qualité de représentant du mineur, qu'il tient de sa qualité de tuteur, de l'inobservation des formalités qu'elle prescrit dans l'intérêt du pupille. L'acte sera, il est vrai, irrégulier; mais, comme le mineur y a été représenté et que le contrat peut lui être opposé, il y a lieu, de sa part, à une action en nullité ou en rescision, prescriptible par dix ans du jour de sa majorité, comme s'il l'avait consenti lui-même.

On ajoute que l'opinion contraire, qui soumet de pareils actes à la prescription trentenaire, rompt l'harmonie que le législateur a établie entre l'article 1304 et l'article 475, qui a fixé au même délai de dix ans la durée des actions du mineur contre le tuteur, pour faits de tutelle. Le mineur, dit-on, ne pouvant agir contre lui après dix ans, agirait cependant indirectement contre lui, en l'exposant à un recours de la part du tiers acquéreur, contre lequel il aurait dirigé son action. Mais cette raison n'a rien de décisif; elle n'est qu'une simple considération, qui s'évanouit, soit que la prescription de l'ac-

tion en nullité ou en rescision ait été interrompue à l'égard du tiers possesseur, ou que la prescription de l'action tutélaire ait été interrompue à l'égard du tuteur. Que signifie donc cette prétendue nécessité d'harmonie entre l'article 475 et l'article 1304, puisque l'interruption de l'une ou de l'autre action suffit pour la briser? Il vaut donc mieux, tout en reconnaissant l'indépendance des deux actions, se borner à dire que le tuteur est, dans les actes qu'il fait en cette qualité, le représentant légal du mineur, et que, dès lors, ces actes pouvant lui être opposés au même titre que s'il les avait personnellement consentis, il doit les faire rétracter, dans les dix ans de sa majorité, par voie de nullité ou de rescision.

47. Nous disons, dans les dix ans de sa majorité; on pourrait, en effet, prétendre que le délai ne court que du jour où le mineur a eu connaissance de l'acte. Cette restriction était proposée, sous notre ancien droit, par plusieurs jurisconsultes (1). Telle était même la jurisprudence du parlement de Bordeaux, qui avait consacré la distinction que nous venons de poser entre les actes faits par le tuteur, non comme tuteur, et ceux faits par lui *tutorio nomine* (2). Nous avons répondu d'avance à cette prétention, en disant que le mineur est également représenté par le tuteur. Cette première raison de droit suffirait toute seule; mais il est une autre considération toute puissante; c'est que la loi n'a accordé au mineur que dix ans, à partir de sa majorité, pour exercer son action de tutelle; il doit donc, dans ce délai, prendre tous les renseignements, et il est censé les avoir pris, sur l'administration de son tuteur.

48. Ce que nous venons de dire des mineurs, il convient de l'appliquer aux interdits (509).

Mais nous ne croyons pas que l'on puisse assimiler aux actes faits par un tuteur, ceux faits par le curateur d'un mineur

(1) VALIN, *La Rochelle*, art. 24, n° 163.
(2) SALVIAT, v° *Mineur*. — LAPEYRÈRE, *Lettre P*, n° 68, pag. 322.

émancipé, en sa qualité de curateur. Le mineur émancipé n'a pas à se pourvoir contre eux par voie de nullité ou de rescision, lorsqu'il n'y a ni participé ni concouru. Ces actes, censés faits par un tiers étranger, ne peuvent lui être opposés, et l'action qu'il a à intenter n'est soumise qu'à la prescription ordinaire. C'est que le curateur n'est pas, comme le tuteur, le représentant légal du mineur. Il n'a qu'une mission d'assistance et de conseil. Il n'a pas de compte à rendre; et l'argument tiré de l'article 475 échappe même dans ce cas.

Il en est de même des actes faits par le conseil judiciaire, à l'égard de la personne qui y est soumise

49. La prescription de dix ans s'applique aux actes faits par les communes et les établissements publics, comme à ceux faits par les particuliers (2227). Ainsi, les actes d'aliénation, de partage, consentis par eux, sont soumis à la prescription décennale établie par l'article 1304 (1).

50. Quant au mandataire, il n'est censé représenter le mandant que lorsqu'il se renferme exactement dans les limites et les conditions de son mandat. S'il les transgresse, il cesse de le représenter; et les actes par lui faits, même au nom du mandant, ne peuvent pas plus être opposés à ce dernier, que les actes qui auraient été consentis par un tiers étranger. Le mandataire ne tient, en effet, ses pouvoirs que de la convention, à la différence du tuteur qui les tient de la loi. Il n'y a donc lieu, de la part du mandant, à aucune action en nullité ou en rescision, ni, en conséquence, à la prescription décennale.

51. Lorsque le mari vend seul les immeubles propres de sa femme, dotaux ou non, elle n'a pas à se pourvoir par action en nullité ou en rescision. La seule action qui lui appartienne est une action en revendication contre l'acquéreur, action

(1) TROPLONG, *Prescript.*, n° 196.—MERLIN, Rép., v° *Prescript.*, sect. 3, § 6, n° 3.— Cass., 19 juin 1838. SIREY, 38, 1, 489. — 18 janv. 1841. SIREY, 41, 1, 340.

prescriptible, suivant les règles générales et particulières à sa nature (1).

Mais si la femme a vendu elle-même sans l'autorisation de son mari, son action se prescrit par dix ans, conformément à l'article 1304.

Nous supposons maintenant qu'il s'agit d'immeubles dotaux, déclarés inaliénables. Dans cette hypothèse, on se demande s'il convient d'appliquer à l'action de la femme la prescription de dix ou de trente ans, dans tous les cas, à partir de la dissolution du mariage, soit que la femme ait vendu seule sans autorisation, ou qu'elle ait été régulièrement autorisée, ou qu'elle ait concouru à la vente faite par son mari.

Si elle a vendu seule, elle a sans doute, en cette première qualité d'incapable, à intenter une véritable action en nullité, dont la prescription s'accomplit par le laps de dix ans, seulement à partir de la dissolution du mariage, aux termes de l'article 1304. Car, tant que le mariage dure, et même après la séparation de biens, les immeubles dotaux sont inaliénables, et l'aliénation ne peut, avant la dissolution du mariage, en être valablement confirmée. L'article 1304, en ne faisant courir la prescription que de la dissolution du mariage, ne fait aucune distinction, et ses dispositions sont indépendantes de la nature du régime sous lequel les époux se sont unis. La distinction qui serait faite, dans ce cas, entre la femme non séparée de biens et celle qui aurait obtenu cette séparation, serait même en opposition avec les articles 217 et 219, qui exigent que la femme, sous quelque régime qu'elle soit mariée, soit autorisée de son mari pour aliéner ses immeubles. L'article 1560 accorde, il est vrai, à la femme, le droit de faire révoquer, après sa séparation, l'aliénation de son immeuble dotal; mais ce droit est une simple faculté, dont le non exercice n'empêche point la femme d'intenter l'action en nullité ouverte par l'ar-

(1) DURANTON, t. 15, n° 521. — ZACHARIÆ, t. 3, pag. 582. — TROPLONG, *Contrat de mariage*, n° 3583. — Cass., 28 fév. 1825. SIREY, 25, 1, 421.

ticle 1304 en sa faveur, dans les délais que cet article détermine (1).

Mais si la femme a aliéné ses immeubles dotaux sous l'autorisation régulière de son mari, l'action en nullité qui lui appartient dans ce cas, à raison de la qualité dotale de la chose, sera-t-elle, comme l'action en nullité résultant du défaut d'autorisation, soumise à la prescription de dix ans établie par l'article 1304, ou bien à la prescription ordinaire de dix, vingt ou trente ans, à partir de la dissolution du mariage? Ce sera encore la prescription de l'article 1304.

Cet article pose, en effet, un principe général, et il suffit que l'action en nullité de l'aliénation du fonds dotal rentre dans ses termes pour qu'on ne fasse aucune exception à son égard. Or, la loi ne considère point comme inexistant et non avenu le contrat par lequel la femme, autorisée ou non, aliène ses immeubles dotaux. L'article 1560 autorise seulement le mari, la femme et ses héritiers à le faire révoquer, c'est-à-dire à en demander la nullité. C'est donc une action en nullité que la femme ou ses héritiers intentent; et, aux termes de l'article 1304, en l'absence d'une exception particulière, elle est prescriptible par dix ans.

Il est vrai que, dans son second paragraphe, cet article s'occupe spécialement du cas où une femme mariée a contracté sans autorisation. Mais il n'exclut pas pour cela celui où une femme mariée a contracté sous l'autorisation régulière de son mari, et a formé un contrat qui, nonobstant l'existence de cette autorisation, donne lieu à une action en nullité. Il signifie plutôt que l'action en nullité des actes faits par les femmes mariées se prescrit par dix ans, à partir de la dissolution du mariage, toutes les fois qu'elles ne sont point autorisées de manière à contracter valablement. D'où il résulte une assimilation exacte de la femme autorisée, mais illégalement, à alié-

(1) Duranton, t. 15, n°s 526-529. — Zachariæ, t. 2, pag. 440, et t. 3, pag. 582. — Cass., 1er mars 1847. Sirey, 47, 1, 180. — *Contrà*, Troplong, *Contrat de mariage*, n° 3580.

ner son fonds dotal, avec la femme qui n'est pas autorisée du tout. Il faut remarquer que cette action en nullité de l'aliénation des immeubles dotaux rentre si exactement dans les termes de l'article 1304, que nous n'avons qu'à prendre le même point de départ qu'il fixe à la prescription, c'est-à-dire la dissolution du mariage, aussi bien en cas d'insuffisance qu'en cas de défaut d'autorisation. Enfin, s'il s'agissait d'une vente du fonds dotal consentie par une femme non autorisée, la prescription de dix ans ne saurait être écartée; car les termes de la loi admettent généralement toute action en nullité de la part des femmes mariées non autorisées. Comment donc voudrait-on n'admettre que la prescription de dix, vingt ou trente ans, quand la femme a été autorisée par son mari, mais d'une manière illégale et insuffisante (1)?

La prescription de dix ans couvrira de même la nullité de l'aliénation, lorsque le fonds dotal déclaré aliénable par le contrat de mariage, mais sous certaines conditions, aura été aliéné sans que ces conditions aient été observées, ou lorsque l'aliénation en ayant été autorisée par justice, dans les cas prévus par l'article 1558, quelques-unes des formalités prescrites auront été omises.

Dans le cas où la femme a été autorisée (2), aussi bien que dans celui où elle ne l'a pas été (3), l'action en nullité de l'aliénation de ses immeubles dotaux se prescrit par dix ans, à partir seulement de la dissolution du mariage, et non du jour où elle a obtenu sa séparation de biens. En effet, l'article 1561, lorsqu'il déclare les biens dotaux de la femme prescriptibles après la séparation de biens, n'est point applicable aux actions en nullité ou en rescision déterminées par l'article 1304, mais seulement à la prescription ordinaire ou usucapion résultant

(1) DURANTON, ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 31 mars 1841. SIREY, 41, 1, 397.

(2) *Contrà*, Nîmes, 4 juin 1835. SIREY, 36, 2, 50.

(3) Cass., 1er mars 1847. SIREY, 47, 1, 180? — 4 juill. 1849. SIREY, 50, 1, 283. — Caen, 27 janv. 1851. SIREY, 51, 2, 428. — *Contrà*, Grenoble, 2 juill. 1842. SIREY, 43, 2, 24, cassé par l'arrêt du 1er mars 1847.

au profit des tiers d'un simple fait de possession, sans titre émané des époux, quelle que soit l'époque à laquelle elle ait commencé. Il n'y a donc, dans notre hypothèse, aucune exception au principe posé par les articles 1561 et 2255 combinés, que la prescription ne court point pendant le mariage, à l'égard de l'aliénation du fonds dotal, non déclaré aliénable par le contrat. L'article 1560 est lui-même encore plus formel, lorsqu'il accorde à la femme le droit de faire révoquer cette aliénation après la dissolution du mariage ou la séparation de biens, sans qu'on puisse lui opposer aucune prescription pendant la durée du mariage. Enfin, le mari peut exercer le même droit sans le concours, et même contre la volonté de sa femme. Or, ce droit pouvant être incessamment exercé pendant la durée du mariage, il ne saurait en être dépouillé par une prescription décennale qui serait acquise pendant que le mariage subsiste; et si cette prescription ne peut être opposée au mari, elle ne saurait l'être non plus à la femme tant que dure le mariage.

52. Les termes dans lesquels l'article 1304 est conçu ont donné lieu à une double interprétation de ses dispositions. L'une en étend le sens, l'autre le restreint.

Ainsi, l'on a prétendu qu'il résulte de la généralité de ces expressions, dans tous les cas, que le principe posé par notre article est, dans son application, indépendant du caractère de la nullité sur laquelle l'action est basée; qu'en conséquence, il est indifférent que la nullité soit expressément déclarée par la loi, ou qu'elle résulte virtuellement de ses dispositions; qu'elle soit relative ou absolue; prononcée dans un intérêt privé ou dans un intérêt public. L'action n'en est pas moins, dans tous les cas, soumise à la prescription de dix ans (1).

On ajoute que si, en règle générale, le caractère de la nullité est sans influence sur l'application de l'article 1304, ce principe doit cependant être limité par une exception qui ressort de la nature même des choses. C'est qu'en effet la nul-

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 140. — TOULLIER, T. 7, n° 599.

lité sur laquelle se fonde l'action, doit être susceptible d'être couverte par confirmation, ratification ou exécution volontaire. La prescription décennale étant fondée elle-même sur une pensée de confirmation, la présomption de la loi cesse quand elle est combattue par la réalité du fait. Lors donc que le caractère de la nullité est tel qu'il s'oppose incessamment et toujours à toute confirmation de l'acte, la prescription décennale ne peut être invoquée; car, à défaut d'un point de départ auquel elle puisse régulièrement commencer, l'action en nullité dure aussi longtemps que la prescription ordinaire n'est point encore acquise. Si, au contraire, la nullité est de telle nature qu'elle puisse, un peu plus tôt ou un peu plus tard, à un moment donné, être couverte par confirmation, ratification ou exécution volontaire, la prescription de dix ans commence à courir du jour où elle est susceptible d'être ainsi couverte.

Quant à nous, nous pensons que l'article 1304 n'a pas une aussi grande portée, et qu'il ne s'applique pas indistinctement à toute action en nullité. Nous ne croyons pas qu'il s'y applique à la seule condition qu'elle soit susceptible d'être couverte par un acte quelconque de confirmation. On ne saurait, en effet, douter que ses dispositions ne soient la reproduction, au moins dans leur esprit, de celles des ordonnances de 1510 et de 1539. Or, l'ordonnance de 1510, article 46, ne s'occupait que des actions en rescision pour dol, fraude, circonvention, crainte, violence ou déception d'outre moitié; et l'ordonnance de 1539, article 134, seulement des actions en nullité ou en rescision pour cause de minorité. Aussi, les actes faits par les femmes mariées, sans autorisation, étant hors des termes de l'ordonnance, l'action en nullité qui les concernait ne se prescrivait que par trente ans.

Nous retrouvons donc dans l'article 1304, avec quelque chose de plus, les dispositions de nos anciennes ordonnances; c'est-à-dire l'action en rescision ou en nullité pour dol, violence, erreur, minorité. Ce qu'il y a de plus, à titre d'innovation, c'est l'incapacité de la femme mariée et de l'interdit assimilée à celle du mineur, quant à la durée de l'action en nullité ou en rescision.

Les seules actions en nullité ou en rescision dont s'occupe l'article 1304 sont donc celles qui sont fondées sur un vice de consentement ou d'incapacité. Et il convient de placer sur la même ligne que ces actions, celles qui reposent sur une contravention aux prohibitions formelles de la loi, alors que ces prohibitions sont fondées sur des considérations qui se réfèrent exclusivement, soit à la perfection du consentement, soit à la capacité des parties contractantes. Aussi, avons-nous appliqué les dispositions de l'article 1304 aux contrats faits par les personnes soumises à un conseil judiciaire, ou frappées de démence sans interdiction ni placement dans un établissement d'aliénés.

53. Ces raisons nous portent à décider que la nullité d'une donation entre vifs, faite à un médecin dans le cas de l'article 909 (1), doit être demandée dans les dix ans de l'acte. Ces prohibitions de la loi sont, en effet, fondées sur une présomption de captation, de dol et de fraude. La nullité qui en résulte rentre ainsi dans les termes de l'article 1304.

54. Mais lorsque la nullité de l'acte repose sur un vice inhérent à sa cause ou à son objet, l'article 1304 cesse alors d'être applicable, et l'action en nullité n'est prescriptible que par trente ans. Nous le répétons; il ne prévoit dans ses dispositions que les actions en nullité ou en rescision qui sont fondées sur un vice de consentement ou de capacité; et si nous avons reconnu, avec la Cour de cassation, que la nullité d'une vente de biens dotaux, notamment, se prescrit par dix ans, à partir de la dissolution du mariage, alors même que cette vente a été faite par la femme régulièrement autorisée, c'est par suite d'une assimilation forcée de ce cas avec celui où la femme n'a pas été autorisée du tout, lequel cas rentre dans les termes exprès de l'article 1304.

Alors, au contraire, que la nullité de l'acte se rattache à un vice qui l'affecte dans sa cause ou dans son objet, de nom-

(1) Cass., 21 août 1822. Sirey, 23, 1, 100.

breuses et puissantes raisons repoussent l'application de cet article. Pris à son origine, cet acte ne peut être ni confirmé ni ratifié. La prescription de dix ans étant fondée sur la présomption d'une confirmation, ne saurait donc être invoquée là où toute confirmation est impossible.

Lorsque, à raison des vices de sa cause ou de son objet, la loi prohibe un acte, elle le frappe d'une nullité radicale, soit que la nullité puisse en être proposée par toutes parties, ou seulement par l'une d'elles. Or, les actions en nullité ou en rescision prévues par l'article 1304 supposent que l'acte a un principe d'existence légale, et qu'il dépend de la partie qui seule peut l'attaquer, de le ratifier ou confirmer valablement (1).

D'autre part, il précise avec soin, suivant la nature du vice dont le contrat est entaché, l'époque à laquelle commence la prescription de l'action en rescision ou en nullité. Supposez une nullité fondée sur un vice de cause ou d'objet, quel sera le point de départ de la prescription de l'action? La date de l'acte? Mais il n'est pas susceptible de confirmation ni de ratification : le moment où cette confirmation ou ratification sera possible? Mais ce point de départ est arbitraire, et la nécessité même où l'on est réduit d'en fixer un arbitrairement, en dehors des termes formels de l'article 1304, prouve de plus en plus qu'il est alors inapplicable.

On voudrait vainement se prévaloir de ces mots, dans tous les cas, pour en étendre l'application à toute action en nullité ou en rescision, pourvu, toutefois, que le vice ne résistât point perpétuellement à tout acte de confirmation ou de ratification. Ces expressions, dans tous les cas, ne doivent pas être prises dans une acception aussi étendue. Leur portée est limitée par les dispositions qui suivent. Elle ne signifient donc que les cas d'actions en nullité ou en rescision prévus par l'article 1304; et ces cas sont ceux de lésion, d'erreur, de dol, de violence, de mariage, d'interdiction, de minorité, en un mot, seulement

(1) DURANTON, T. 12, n° 523.

ceux où le vice du contrat affecte la qualité du consentement, ou la capacité de la personne. Ces mots, dans tous les cas, posent sans doute un principe général; mais la généralité en est tôut de suite limitée par la spécialité même des dispositions qui le consacrent.

Nous concluons que l'action en nullité n'est point soumise à la prescription de dix ans, conformément à l'article 1304, mais seulement à la prescription de trente ans, qui anéantit toutes les actions, quelles qu'elles soient, suivant l'article 2262, dans tous les cas où la nullité est prononcée par la loi expressément ou virtuellement, à raison d'un vice de cause ou d'objet, soit que ce vice résiste perpétuellement à tout acte de confirmation ou de ratification, soit, au contraire, qu'il puisse plus tard disparaître, et que la nullité qui en résulte puisse alors être couverte (1).

Ainsi, la possibilité d'une confirmation ou ratification ultérieure ne suffit pas pour déterminer l'application de l'article 1304, en ce qui concerne la prescription des actions en nullité. A cet égard, il n'y a aucune distinction à faire entre les actes qui ne peuvent jamais, à aucune époque, être confirmés ou ratifiés, et ceux qui peuvent l'être plus tard, à un moment quelconque, lorsque la nullité en a été déclarée à raison d'un vice de cause ou d'objet. La prescription trentenaire et alors seule applicable.

55. Par exemple, l'article 1597 dispose que les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité et des dépens, dommages et intérêts. La nullité de semblables cessions se prescrira par trente ans seulement. Car la prohibition repose sur des considérations de bonnes mœurs et d'ordre public.

(1) Marcadé, art. 1304, n° 4.

Nous en disons autant de la nullité des adjudications prononcées en contravention de l'article 611, C. pr.

36. Les traités faits sur succession future, contrairement aux articles 791, 1130 et 1600, nuls à ce titre, sont entachés d'un vice qui tient à la fois à des raisons d'ordre et d'honnêteté publics et à l'indisponibilité de l'objet, dans les rapports sous lesquels il a été considéré. La prescription décennale établie par l'article 1304 ne saurait s'appliquer à de pareilles conventions, frappées dans leur principe d'une nullité radicale, et n'ayant en conséquence aucun effet légal. Elle ne s'applique, en effet, nous ne saurions trop le répéter, qu'aux contrats entachés d'une nullité relative, et telle que, jusqu'à leur rescision ou annulation, ils ont une sorte d'existence régulière aux yeux de la loi.

Dans les traités sur succession future, au contraire, le vice tenant à l'indisponibilité même de l'objet, et, en outre, à d'autres raisons que nous avons indiquées, affecte le contrat dans sa racine et ne peut être purgé tant que subsistent les motifs sur lesquels il repose, c'est-à-dire tant que la succession n'est pas ouverte. Si, dans ce cas, une prescription peut s'accomplir, ce n'est que la prescription de trente ans. Et remarquez encore que cette prescription a pour objet, moins de couvrir le vice de la convention, que d'éteindre toute action réelle et personnelle, suivant l'article 2262. En un mot, le stipulant ne pourra même après ces trente années de prescription acquise, se prévaloir du contrat, en ce sens que le vice en sera prescrit; mais il pourra seulement invoquer la prescription, comme ayant éteint les actions qui compétaient contre lui. La prescription qu'il invoquera, dans ce cas, devra donc, abstraction faite du contrat, réunir toutes les conditions de la prescription ordinaire.

Même après le décès de la personne sur la succession future de laquelle le traité a eu lieu, la prescription trentenaire seule pourra être invoquée. Ce point a été reconnu et consacré par de nombreux arrêts, rendus sous l'empire des principes de

notre ancienne jurisprudence, des lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II, et 18 pluviôse an V (1). Il doit en être de même sous le Code Napoléon.

En effet, indépendamment du vice qui affecte le contrat et de la nullité radicale qui en résulte, il y a une autre raison pour repousser l'application de l'article 1304. C'est que cet article détermine comme point de départ de la prescription décennale, certains faits qui indiquent eux-mêmes quels sont les vices compris dans ses prévisions. Il faudrait donc ajouter aux dispositions de la loi, et créer un point de départ non prévu à une prescription décennale que l'article 1304 exclut par l'impossibilité même où il place le juge de lui trouver un point de départ. Son silence indiquerait tout au plus la date de l'acte comme point initial de la prescription; mais la nature du vice dont le contrat est entaché y résiste invinciblement.

La prescription trentenaire est donc seule applicable, même après le décès de la personne sur la succession future de laquelle le traité a eu lieu. Et cette prescription, qu'on veuille bien le remarquer, courra du jour du contrat, pourvu qu'elle réunisse d'ailleurs les conditions ordinaires, et sauf l'application de la maxime *quæ temporalia...*, si le stipulant n'a pas été mis en possession (2).

57. Par les mêmes raisons, l'action en nullité d'un traité fait sur les biens d'un absent, avant l'envoi en possession définitif, se prescrit par trente ans et non par dix ans (3).

(1) Cass., 12 juill. 1828. Sirey, 28, 1, 286. — Montpellier, 3 juin 1830. Sirey, 31, 2, 151. — Toulouse, 25 mai 1829. Sirey, 31, 2, 330. — 27 août 1833. Sirey, 34, 2, 97. — Bastia, 14 avril 1834. Sirey, 34, 2, 594. — Limoges, 6 avril 1838. Sirey, 38, 2, 501.

(2) Troplong, *Vente*, n° 249. — Vazeille, *Prescript.*, t. 2, n° 547. — Marcadé, art. 1304, n° 4. — Aix, 2 fév. 1840. Sirey, 40, 2, 359. — Cass., 11 nov. 1845. Sirey, 45, 1, 785. — 8 nov. 1842. Sirey, 43, 1, 33. — 14 nov. 1843. Sirey, 44, 1, 229. — *Contrà*, Zachariæ, t. 2, pag. 440. — Duvergier, *Vente*, t. 1, n° 230. — Rouen, 30 déc. 1823. Sirey, 25, 2, 25. — Cass., 3 août 1829. Sirey, 29, 1, 339. — 23 janv. 1832. Sirey, 32, 1, 666. — Toulouse, 13 avril 1831. Sirey, 31, 2, 330. — 11 juill. 1834. Sirey, 35, 2, 39.

(3) Voy. 1130, n° 23.

58. La prescription décennale établie par l'article 1304, n'est point applicable aux stipulations usuraires. Les intérêts usurairement perçus peuvent être répétés pendant trente ans. Car il s'agit, non d'une action en rescision ou en nullité, mais d'une répétition de l'indû. Le créancier n'acquiert même pas le droit d'exiger des intérêts usuraires par le fait de leur payement pendant trente ans (1).

59. On doit de même décider que la prescription de dix ans n'est pas applicable à l'action en nullité de la clause par laquelle un créancier stipule dans un contrat de gage ou d'antichrèse, qu'il restera propriétaire de la chose, à défaut de payement au terme convenu (2078, 2088) (2). Une pareille clause étant déclarée nulle par la loi, il s'ensuit qu'elle ne peut jamais être convertie par un acte de simple confirmation ou de ratification, et que, dès lors, l'action en nullité ne se prescrit point par dix ans, conformément à l'article 1304.

Il faut en dire autant du contrat pignoratif, qui dissimule ordinairement une antichrèse exorbitante sous la forme d'une vente à vil prix, avec relocation et faculté de rachat en faveur du vendeur. La nullité d'un pareil contrat n'est prescriptible que par trente ans, de même que les conventions prohibées par les articles 2078 et 2088 (3). On peut toujours établir le caractère simulé et frauduleux de ces actes.

Le contrat d'impignoration est, en effet, frappé de nullité, non pas comme contenant un dol et une fraude commis envers la personne, mais comme renfermant une fraude à la loi; c'est-à-dire comme déguisant sous la forme d'une vente la clause prohibée par les articles que nous venons de citer. Il est nul, non point parce qu'il contient une lésion personnelle,

(1) Voy. lois des 3 sept. 1807, et 19 déc. 1850. — ZACHARIÆ, t. 2, pag. 443. — TROPLONG, *Prescript.*, n° 132.

(2) ZACHARIÆ, t. 2, pag. 441. — Toulouse, 5 mars 1831. SIREY, 31, 2, 111.

(3) Poitiers, 18 juill. 1838. SIREY, 38, 2, 391. — *Contrà*, Limoges 2 août 1839. SIREY, 40, 2, 62.

mais parce qu'il a pour effet, à l'aide d'un déguisement frauduleux, et contrairement aux prohibitions de la loi, de faire passer, à défaut de payement à l'échéance, sur la tête du créancier, la propriété de la chose que les circonstances démontrent que le débiteur a voulu non pas aliéner, mais engager seulement. Or, une semblable fraude à la loi constitue un vice de cause qu'il n'est pas au pouvoir des parties de confirmer ni de ratifier. L'intérêt général, en vue duquel sont édictées les dispositions des articles 2078 et 2088, réclame sans cesse contre une semblable convention qui a précisément pour objet de les frauder. Car il ne faut pas oublier que les modes d'aliénation autorisés par la loi constituent eux-mêmes, pour la propriété, des garanties d'intérêt public. Telles sont les raisons qui nous portent à rejeter ici la prescription décennale.

Vainement on dit que l'action tend, après tout, à faire annuler comme vente réelle le contrat pignoratif, et que, s'agissant dès lors d'une action en nullité, elle est prescriptible par dix ans. Cette raison ne suffit pas ; car il reste encore à démontrer que les causes de cette action en nullité sont de telle nature qu'elle rentre dans les dispositions de l'article 1304. Il y a, en effet, des actions en nullité qui y font exception ; et telle nous paraît être celle dont nous apprécions ici les caractères.

Les juges peuvent seulement argumenter en fait du longtemps écoulé, pour en induire, suivant les circonstances, la bonne foi et la sincérité de l'acte.

60. La prescription décennale, établie par l'article 1304, étant le résultat d'une disposition exceptionnelle, ne doit pas être appliquée en dehors des termes précis de la loi. Ainsi, elle ne concerne que les actions en nullité ou en rescision des conventions unilatérales ou bilatérales. L'article 1304 est formel à cet égard. Elle ne s'applique donc pas aux dispositions testamentaires. La nullité de pareils actes ne se couvre que par la prescription de trente ans, parce que cette dernière

prescription est destinée à éteindre toutes les actions, quelles qu'elles soient (1).

61. Mais la prescription de dix ans devient applicable aussitôt qu'il s'agit, non de la nullité d'une disposition testamentaire, mais de la nullité ou de la rescision d'une renonciation faite à une succession, que le renonçant prétend faire annuler pour cause de dol ou d'incapacité. Cette renonciation établit, en effet, à la charge du renonçant, certaines obligations envers des tiers. En renonçant, il s'oblige virtuellement à leur égard. Cet acte donne lieu, en conséquence, à une véritable action en nullité ou en rescision.

Nous disons la même chose du cas où l'héritier prétendrait faire annuler son acceptation d'une succession pour un motif quelconque. Car en acceptant il contracte.

62. On a prétendu que la prescription de l'article 1304 était également applicable aux actions en nullité fondées sur l'inobservation des formes exigées pour la validité des actes destinés à constater un contrat; par exemple, sur l'inobservation des dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, relatives aux formes nécessaires pour la validité des actes notariés, pourvu, toutefois, qu'il ne s'agisse point d'un acte resté imparfait et à l'état de simple projet (2).

Et, par application de ce principe, on a prétendu également que la même prescription de dix ans couvrait la nullité d'un acte de donation entaché d'un vice de forme, sous la réserve, néanmoins, de la distinction suivante : Comme le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, et que, par rapport à lui, la donation nulle en la forme doit être refaite en la forme légale (1339), les mêmes auteurs ont pensé que la prescription décennale basée sur une présomption de confirmation, ne pou-

(1) TOULLIER, T. 7, n° 617. — DURANTON, T. 12, n° 531. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 442.

(2) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 441. — DURANTON, T. 12, n° 537. — Pau, 4 fév. 1830. SIREY, 30, 2, 202.

vait être opposée au donateur qui poursuit la nullité de sa donation. Mais comme la confirmation d'une donation par les héritiers ou ayants-cause du donateur, après son décès, emporte de leur part renonciation à opposer les vices de forme (1340), ils décident que la prescription décennale peut être opposée à ces héritiers ou ayants-cause (1).

Et, cependant, ils pensent (2) que cette prescription ne couvre point les vices des actes sous seings privés qui, devant être faits doubles, ne l'ont pas été, ou ne contiennent pas d'approuvé en toutes lettres.

Quant à nous, nous ne saurions croire que la prescription de dix ans, établie par l'article 1304, puisse s'appliquer aux actions par lesquelles on demande la nullité d'un acte, pour inobservation des formes requises pour sa validité. Dans notre opinion, cette prescription ne peut être opposée qu'aux actions en rescision ou en nullité d'une convention. C'est, en effet, seulement de ces actions que l'article 1304 dispose qu'elles ne durent que dix ans, dans tous les cas où elles n'ont pas été limitées à un temps moindre par une loi particulière. Or, nous l'avons déjà dit, la prescription décennale est une prescription exceptionnelle qui ne doit pas être appliquée hors des termes précis de la loi. N'étant expressément établie que pour les actions en rescision ou en nullité des conventions, elle n'est point applicable aux actions en nullité dirigées contre les actes destinés à les constater.

Autre chose, en effet, la convention, autre chose l'acte. Une convention existe indépendamment de sa preuve, indépendamment de l'acte qui l'établit. De même qu'un contrat peut être très valable en lui-même, et cependant n'être constaté que par un acte tout à fait irrégulier quant à la forme,

(1) ZACHARIÆ, t. 2, pag. 441. — DURANTON, t. 12, nº 538. — TOULLIER, t. 7, nº 605. — TROPLONG, *Donat.*, nº 1086. — Bordeaux, 26 janv. 1841. — SIREY, 41, 2, 616. — Riom, 16 juin 1843. SIREY, 43, 2, 543. — *Contrà*, Caen, 26 fév. 1827. SIREY, 28, 2, [illegible]5.

(2) DURANTON, t. 13, nºˢ 165 et 185. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 657 et 667.

de même un acte peut réunir toutes les conditions de forme nécessaires à sa validité, et néanmoins ne constater qu'une convention annulable ou rescindable. Le contrat ne doit donc pas être confondu avec l'acte, pas plus qu'un fait ne peut l'être avec sa preuve. Or, l'article 1304, dans chacun de ses termes et dans chacune de ses dispositions, ne prévoit évidemment que les actions en nullité ou en rescision dirigées contre une convention.

Ce qu'il déclare en termes formels dans son premier paragraphe, il le consacre par les dispositions suivantes, qui ne s'occupent que des vices de consentement ou de capacité, vices qui ne sauraient affecter que la convention elle-même, et nullement l'acte destiné à la constater. Les vices d'acte sont donc complètement étrangers aux prévisions de l'article 1304. Dès lors, ils ne peuvent être couverts que par la prescription trentenaire, non pas parce qu'elle les efface et fait réputer l'acte régulier, mais parce qu'elle a pour effet d'anéantir toutes les actions.

Qu'on y fasse d'ailleurs attention ; la nature même des choses le veut ainsi. Quiconque allègue l'existence d'une convention, soit en demandant, soit en défendant, doit l'établir, et, s'il ne produit qu'un acte irrégulier, insuffisant pour la constater, il n'a point fait la preuve que la loi lui impose. Ainsi, en l'absence d'une justification régulière, il est dénué de tout droit, et son adversaire dégagé de toute obligation. Il n'a pu, par suite, acquérir ses droits prétendus que par la prescription trentenaire, de même que l'autre partie n'a pu perdre les siens que par l'effet de la même prescription. Ils sont enfin, l'un par rapport à l'autre, dans la même situation que si aucune convention n'avait eu lieu, puisqu'une convention non légalement prouvée est réputée inexistante. La prescription trentenaire est donc la seule qui puisse être opposée, moins parce qu'elle répare les vices de l'acte, que parce qu'elle vaut titre elle-même et dispense de tout autre titre.

Mais l'examen de cette question suppose deux choses : d'abord, que la partie à qui on oppose la prescription de son

action en nullité, n'est pas en position de se prévaloir de la maxime *quæ temporalia*... Car, si elle pouvait en exciper, l'exception de nullité de l'acte durerait aussi longtemps que l'action, et aucune prescription ne pourrait être opposée. Il suppose ensuite que la convention a été exécutée en tout ou partie, mais que cette exécution a été insuffisante pour couvrir les vices de l'acte. Si, en effet, elle avait suffi, elle dispenserait le prétendu créancier d'invoquer le secours de la prescription.

Cette observation nous en suggère une autre plus générale, par laquelle nous croyons devoir terminer le commentaire de l'article 1304 : C'est que, si la prescription décennale ne doit jamais être appliquée dans aucun des cas où il n'y a lieu ni à confirmation, ni à ratification, ni à exécution volontaire, elle n'est cependant pas toujours applicable aux conventions et actes qui peuvent être confirmés, ratifiés et volontairement exécutés. La première condition indispensable pour son application est sans doute que le vice qui fonde l'action en rescision ou en nullité puisse être couvert par une confirmation ou ratification ; mais cette condition ne suffit point dans tous les cas.

Article 1305.

La simple lésion donne lieu à la rescision, en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions, et, en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation*.

Sommaire.

1. Questions posées.
2. Des engagements contractés par la femme mariée.
3. De ceux contractés par les interdits et les personnes soumises à un conseil judiciaire.
4. De ceux contractés par les mineurs seuls. Sont-ils nuls ou rescindables ?

5. Discussion. Des actes soumis à certaines formalités spéciales.
6. Suite, quant au mineur émancipé.
7. Des actes soumis à la simple assistance du tuteur. Système de quelques auteurs.
8. Son application aux actes du mineur émancipé.
9. Ses conséquences.
10. Exposé de notre système. Historique. Réfutation.
11. Suite. Ils sont simplement rescindables pour cause de lésion.
12. Ceux faits avec l'assistance du tuteur ou du curateur sont valables.
13. Application.
14. Différence entre l'action en rescision et l'action en réduction du mineur émancipé.
15. Sens du mot lésion.
16. La lésion doit être notable.
17. Comment elle s'apprécie.
18. Suite.
19. *Quid*, si le mineur s'est obligé pour tirer son père de prison?
20. L'autre partie ne peut échapper à l'action en offrant un supplément.

COMMENTAIRE.

1. Nous n'avons pas à examiner ici comment les biens des mineurs sont administrés, comment leurs personnes sont représentées et habilitées, comment s'exercent les fonctions de tuteur ou de curateur. Toutes ces questions se réfèrent spécialement aux titres de la tutelle et de l'émancipation, auxquels nous nous bornons à renvoyer le lecteur.

Mais lorsque le mineur a contracté seul; lorsqu'il a contracté avec l'autorisation de son tuteur, ou l'assistance de son curateur, s'il est émancipé; lorsque le tuteur a contracté lui-même au nom de son pupille, ou, ce qui est la même chose, lorsque le mineur a contracté avec l'autorisation de son tuteur, quelle est la valeur légale de ces divers actes, alors même que toutes les formalités prescrites pour certains contrats particuliers ont été régulièrement observées? Question grave, délicate, intéressante, qui a divisé les auteurs et les arrêts.

Avant d'examiner les différents cas où le mineur peut attaquer ses engagements, soit pour incapacité, soit pour lésion, nous devons apprécier ceux où les autres incapables sont également admis, pour les mêmes causes, à attaquer les engagements

qu'ils ont contractés. Cet examen, par le rapprochement qui en sera la conséquence, fera mieux comprendre les ressemblances et les différences qui existent entre les diverses incapacités établies par la loi, en ce qui touche les actions qui compètent aux incapables, pour faire annuler ou rescinder leurs engagements. Ainsi complétée sur ce point, notre théorie embrassera les divers cas où les incapables sont admis par la loi à se pourvoir par action en nullité ou en rescision.

2. La femme mariée ne peut s'engager qu'avec l'autorisation de son mari, ou, à son défaut, qu'avec l'autorisation de la justice (215 et suivants); et la nullité fondée sur ce défaut d'autorisation ne peut être opposée que par elle, par son mari ou par leurs héritiers (225). Ses engagements, à défaut d'autorisation, sont donc nuls et non simplement rescindables. Il suffit ainsi de son incapacité personnelle, sans qu'on ait besoin d'exiger la circonstance de lésion. Nous verrons, au contraire, que la lésion joue un grand rôle dans les actes des mineurs.

3. Quant à ceux qui sont en état d'interdiction civile ou pénale, ou auxquels on a nommé un conseil judiciaire, les actes passés par eux postérieurement à l'interdiction ou à la nomination d'un conseil, sont nuls de droit (502, 513). Leur incapacité personnelle suffit, sans lésion matérielle, pour que leurs engagements soient frappés de nullité. Nous aurons encore à signaler sur ce point une très grande différence entre leur incapacité et celle des mineurs.

4. Arrivons donc aux mineurs, dont s'occupe spécialement l'article 1305. D'une part, l'article 1125 dit qu'ils ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, que dans les cas prévus par la loi. Il en dit autant de l'interdit et de la femme mariée; mais nous venons de voir que leurs engagements sont nuls de droit, toutes les fois qu'ils n'ont pas été légalement habilités, soit par l'autorisation maritale ou judiciaire, soit par l'intervention du tuteur ou l'assistance du conseil. D'autre part, l'article 1305 porte que la simple lésion

donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions; et en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.

Voilà sans doute un de ces cas annoncés par l'article 1125, où le minenr peut attaquer ses engagements.

Mais jusqu'où vont les dispositions de l'article 1305? N'y a-t-il jamais que la lésion qui puisse autoriser le mineur à attaquer ses engagements? Ne doit-on pas, en outre, distinguer, pour le mineur émancipé aussi bien que pour le mineur non émancipé, les actes dont la consommation est soumise à des formalités spéciales, et ceux pour la passation desquels aucune autre forme n'est exigée que l'intervention personnelle ou l'autorisation du tuteur? Faut-il encore distinguer les actes faits par le tuteur et ceux faits par le mineur seul, en dehors de sa capacité? Quels seront les effets de son incapacité? Quels seront ceux de la lésion? Comment combiner l'action en nullité pour incapacité, vice de la personne, avec l'action en rescision pour lésion, vice du contrat?

Il faut reconnaître que, soit que l'on étudie la loi dans ses précédents historiques, soit qu'on scrute son esprit, soit qu'on argumente de la combinaison de ses textes; elle fonrnit une ample matière à la discnssion et à la controverse. Aussi, les auteurs sont-ils loin de s'entendre sur le sens de ses dispositions.

5. Pour plus de clarté, nous distinguerons entre le mineur non émancipé et le mineur émancipé; entre les actes soumis à des formalités spéciales et ceux qui n'y sont pas assujettis; entre les actes exempts de formes particulières, passés par le tuteur ou par le mineur avec son autorisation, et les actes de même nature passés par le mineur seul sans autorisation tutélaire.

Nons supposons d'abord un mineur non émancipé, et un de ces actes pour la validité desquels la loi exige l'accomplissement de formalités spéciales.

Tels sont les emprunts, les aliénations, les hypothèques (457) ; les poursuites en partage (465, 817) ; les acceptations ou répudiations de succession (461), de donation (463) ; l'introduction d'une action immobilière (464) ; les transactions (467) ; les contrats de mariage (1398). Dans tous ces cas, la loi prescrit des formalités particulières.

Quelle sera la valeur légale de ces divers actes, lorsque les formalités spéciales exigées par la loi auront été toutes accomplies? Nous renvoyons l'examen de cette question à notre commentaire de l'article 1314.

Mais si ces formes n'ont pas été remplies, quelle sera la valeur de l'acte, soit que le mineur l'ait passé seul, soit que le tuteur ou le mineur autorisé l'ait passé, toujours sans observer les formalités particulièrement prescrites? Sera-t-il de droit nul, ou simplement rescindable pour cause de lésion?

Si c'est le tuteur qui a contracté sans observer les formes voulues, il faut, pour apprécier la valeur de l'acte, examiner l'étendue de ses pouvoirs. Il ne s'agit plus, en effet, d'une incapacité personnelle, mais d'une insuffisance de pouvoirs. Le tuteur, comme personne, est capable ; comme administrateur, il ne l'est pas ; car la loi est formellement prohibitive : Le tuteur ne peut (457)... ne pourra (461, 463, 467, etc.)... On peut parcourir la série des actes pour lesquels elle exige l'accomplissement de certaines formalités, et l'on verra comment elle est conçue en termes impérativement et absolument prohibitifs. A défaut de l'observation des formes particulièrement prescrites, ces actes sont donc nuls, *ipso jure*, de plein droit, pour insuffisance de pouvoirs dans la personne du tuteur. Il n'y a pas à s'inquiéter, en outre, de l'existence d'une lésion quelconque que la loi présume, par cela seul que le tuteur n'a pas observé toutes les formalités qui devaient l'habiliter, et qui lui étaient imposées comme autant de mesures préventives dans l'intérêt de son pupille.

Est-ce le mineur qui a contracté lui-même sans observer les formes spéciales exigées ; ici encore l'engagement est nul *ipso jure*, et non simplement rescindable pour lésion. Il est

vrai que l'article 1305 parle de toutes sortes de conventions; d'où l'on serait tenté de conclure que, ne distinguant point, il exige l'existence de la lésion, même dans les engagements dont la validité est soumise à des formes spéciales, pour que le mineur qui a contracté personnellement puisse les faire rescinder. Mais il faut rapprocher les dispositions de cet article d'autres dispositions. L'article 1311, en mettant en opposition les engagements du mineur nuls en la forme, et ceux simplement sujets à restitution, fait voir jusqu'à la dernière évidence que l'article 1305, ne parlant que de lésion, ne s'occupe point des actes nuls en leur forme, c'est-à-dire de ceux pour la régularité desquels la loi a prescrit certaines formalités particulières. Enfin, l'article 1314, le seul qui les nomme expressément, prouve de plus en plus et explique en même temps le silence de l'article 1305 à leur égard, par cela même qu'il ne les prévoit que pour en consacrer l'entière et parfaite validité, dans le cas où les formes requises ont été remplies. Ce n'est donc que par l'effet d'une pure distraction que M. Merlin (1) a prétendu que l'inaccomplissement des formalités spéciales prescrites pour certains actes, donnait lieu simplement à une action en rescision.

Si le mineur avait contracté en son nom, mais sous l'autorisation de son tuteur et sans l'accomplissement des formalités requises, un de ces engagements pour la validité desquels leur observation est si impérativement exigée sous forme de prohibition du contraire, nul doute que cet engagement ne fût encore nul de plein droit. Il suffirait au mineur de dire que les formes voulues n'ont pas été remplies. Sans entrer plus avant dans l'examen de la cause; sans demander qu'il prouve en outre l'existence d'une lésion quelconque, les juges doivent annuler immédiatement. En effet, aux yeux de la loi c'est là même chose que le tuteur contracte personnellement comme tuteur, ou que le mineur contracte avec l'autorisation de son tuteur.

(1) Quest., v° *Hypothèque*, § 4, n° 3.

Comme nous voulons que ceci soit dit et entendu, une fois pour toutes, qu'il nous soit permis d'insister un peu. A la différence du droit romain, le Code Napoléon fait agir le tuteur au nom du pupille (450). Mais bien qu'il ne prévoit pas spécialement le cas d'un acte fait par un mineur, avec l'autorité de son tuteur, il est évident que cet acte doit être considéré comme s'il était fait par le tuteur lui-même au nom du pupille. Le tuteur, en effet, se l'approprie par son autorisation, ni plus ni moins que s'il stipulait lui-même en son nom qualifié de tuteur. La loi montre elle-même qu'elle n'y voit et n'y fait aucune différence. Ainsi, après avoir, dans les articles 457 et suivants, adressé personnellement au tuteur ses inhibitions et défenses de faire certains actes sans observer les formalités qu'elle indique, elle dit, dans l'article 484, que le mineur émancipé ne pourra non plus vendre, ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé. Et cependant ces formes n'ont pas été prescrites au mineur personnellement; elles l'ont été à son tuteur. Si donc la loi emploie cette locution de l'article 484, n'est-ce pas une preuve que les mêmes défenses qui sont faites au tuteur, sont faites au mineur contractant sous l'autorisation de ce dernier, et qu'elles lui sont faites sous la même sanction de nullité de plein droit (1)?

6. Quant au mineur émancipé, on peut classer en quatre catégories différentes les divers actes qui le concernent : 1° pour les uns, il a la capacité d'un majeur, ce sont les actes d'administration (481); 2° d'autres sont néanmoins réductibles en cas d'excès; ce sont les obligations contractées par voie d'achat ou autrement (484); 3° ceux-ci, il doit les faire sous l'assistance de son curateur, comme lorsqu'il s'agit de recevoir et de donner décharge d'un capital mobilier (482); 4° ceux-là, tels qu'emprunt, vente, aliénation, il doit observer quant à

(1) DURANTON, T. 10, n° 284. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 433, n^te^ 3.

ceux les formes prescrites au mineur non émancipé (483-484). Occupons-nous seulement de ces derniers.

S'ils ont eu lieu sans les formes voulues, ils sont nuls de droit par cette seule raison, comme ils le seraient s'ils avaient été faits par un mineur non émancipé. Les défenses de la loi sont, en effet, conçues à son égard dans des termes également absolus et prohibitifs. Il ne pourra (483-484); et la sanction de nullité vient d'elle-même se placer au bout de ces inhibitions. Il est donc en ce point placé par la loi sur la même ligne que le mineur non émancipé, et assujetti, sous la même sanction, à l'accomplissement des mêmes formes requises. C'est ce qui résulte de l'expression identique des mêmes prohibitions légales.

Nous restreignons enfin, quant au mineur émancipé, les dispositions de l'article 1305, aux actes autres que ceux pour lesquels la loi a requis certaines formalités, également exigées pour les mêmes actes de la part du mineur non émancipé.

En résumé, sont nuls de droit et non simplement rescindables pour lésion, les engagements résultant d'actes que la loi a soumis à certaines formalités spéciales, en cas d'inobservation de ces formalités et pour cette seule inobservation, soit que ces actes aient été passés par un tuteur au nom de son pupille, par un mineur autorisé ou non de son tuteur, ou par un mineur émancipé assisté ou non de son curateur (1).

7. Revenons au mineur non émancipé, et voyons quel est le sort des actes pour lesquels la loi n'exige que l'autorisation du tuteur, soit que ces actes aient été passés par le tuteur ou par le pupille dûment autorisé. C'est sur ce point, surtout, qu'il existe une vive controverse.

Avant d'exposer notre propre système, nous résumerons le

(1) TOULLIER, T. 6, nos 106 et 107; T. 7, nos 527 et 572. — TROPLONG, *Hyp.*, no 492. — DURANTON, T. 10, no 286. — PROUDHON, T. 2, pag. 284. ZACHARIÆ, T. 2, pag. 429. — Rennes, 17 nov. 1836. DALLOZ, 37, 2, 56. — Cass., 16 janv. 1837. DALLOZ, 37, 1, 62.

système contraire. L'article 1224, dit-on, range les mineurs au nombre des incapables. Lors donc qu'un mineur contracte seul, il contracte un engagement entaché d'un vice d'incapacité et manquant ainsi d'une des conditions essentielles à sa validité. Il est donc nul et nul de droit, *ipso jure* (1); ce qui veut dire qu'il est inutile d'y rechercher un second vice de lésion, qui ferait double emploi avec le premier (2).

Mais s'il a contracté avec l'autorisation de son tuteur un de ces engagements pour lesquels la loi n'exige aucune autre formalité spéciale, on ne peut plus dire, sans doute, que l'engagement est nul pour incapacité. Car la personne du mineur a été habilitée par l'autorisation tutélaire; c'est comme si le tuteur avait contracté lui-même au nom du pupille. Logiquement il faudrait donc maintenir l'acte, comme s'il avait été fait par un majeur.

Cependant, ajoute-t-on, ce résultat ne satisfait point l'équité, et il est repoussé par la loi. En effet, le tuteur contractant pour son pupille ou l'autorisant, a pu consentir ou lui faire consentir un engagement préjudiciable, lésionnaire; il a pu témérairement compromettre ses intérêts par un acte désavantageux. Or la loi, pleine de sollicitude pour lui, le protége même contre cette lésion. Il est vrai que la sécurité des rapports des tiers avec les mineurs en est affectée. Mais si l'on met en parallèle, d'un côté des tiers qui jouissent de toute leur capacité, qui peuvent surprendre la bonne foi et la simplicité du tuteur, qui, dans tous les cas, sont libres de contracter ou non; et, d'un autre côté, le mineur incapable de veiller lui-même sur ses intérêts, placé sous une protection étrangère, indifférente quelquefois, inhabile souvent, malveillante peut-être; alors on comprend très bien que la loi ait donné au mineur, même autorisé, une action en rescision pour lésion, moyen de réparation toujours plus efficace qu'un recours

(1) L. 3, C. *De in int. rest.* — L. 16, *ff. De minor.* — L. 19, *ff. De act. empt.*

(2) Toullier, t. 6, n° 106; t. 7, n° 573. — Troplong, *Hyp.*, n° 492; et *Vente*, art. 1594.

en garantie contre le tuteur, dont la responsabilité peut ne pas être engagée, ou, si elle l'est, être complétement illusoire. C'est alors qu'il est restitué, non comme mineur, mais comme lésé, *non tanquam minor, sed tanquam læsus*. Il faut ensuite observer que la simple menace en droit d'une action en rescision pour lésion aura précisément pour effet de restreindre les occasions de l'invoquer.

Et, à l'appui de cette théorie, on invoque divers textes du Code Napoléon. Ainsi, dit-on, l'article 1304 reconnaît expressément à l'égard des mineurs une action en nullité et une action en rescision. L'article 2012 parle spécialement d'une obligation contractée en minorité comme pouvant être annulée. L'article 1311, à propos des engagements contractés par le mineur, dit expressément que les uns sont nuls en la forme et les autres sujets à restitution. Or, le défaut d'autorisation de la part du tuteur ne saurait être autre chose qu'un vice de forme.

L'article 225 parle de la nullité des engagements contractés par la femme, sans autorisation maritale ou judiciaire. L'article 1124 place le mineur à côté de la femme mariée, parmi les incapables. Enfin, l'article 502 dit que tous actes passés par l'interdit postérieurement à son interdiction, ou par le prodigue sans l'assistance du conseil sont nuls de droit. Or, l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens (509), ainsi que pour sa capacité (1124). Le système de la nullité de plein droit a donc l'avantage d'établir l'unité, toujours si désirable, dans notre législation civile.

A côté de cette action en nullité, résultant de l'incapacité personnelle du mineur non autorisé, l'article 1305 lui ouvre une autre action en rescision pour lésion. Cette seconde action ne saurait évidemment, ajoute-t-on dans ce système, s'appliquer qu'aux engagements qui ne sont entachés d'aucun vice d'incapacité, c'est-à-dire ceux contractés par le mineur autorisé, ou par le tuteur au nom de son pupille (1),

(1) TOULLIER, t. 6, nos 106 et 107; t. 7, nos 573 et suiv. — TROP-

8. Quant au mineur émancipé, nous commencerons par mettre de côté les actes qu'il ne peut faire, à peine de nullité de droit, comme le mineur, sans observer certaines formalités spécialement requises. Nous écarterons aussi les actes de simple administration contre lesquels la loi ne le déclare restituable que dans les cas où le majeur le serait lui-même (481), enfin les actes qu'il peut faire seul, sauf réduction en cas d'excès, et dont nous nous occuperons plus tard (484).

Continuant donc l'exposition du système que nous nous proposons de combattre, nous n'examinerons ici que les actes que le mineur émancipé ne peut faire sans l'assistance de son curateur, et pour lesquels la loi n'exige point d'autre formalité. Quant à ces actes, dit-on, si le mineur émancipé les a accomplis sans l'assistance de son curateur, ils sont nuls de droit; si, au contraire, il a été assisté de son curateur, ils ne sont plus nuls, mais ils sont rescindables pour lésion (1305). Ainsi, en ce qui concerne ces actes, le mineur émancipé est complètement assimilé au mineur non émancipé. Une double action lui est ouverte : action en nullité, à défaut d'assistance de son curateur; action en rescision pour lésion, alors même que cette assistance a eu lieu.

9. On a déjà sans doute entrevu les conséquences particulières de ce système. Il est, en effet, fort important d'y distinguer l'action en nullité de l'action en rescision, car les conditions de leur existence ne sont pas les mêmes. L'action en nullité s'exerce indépendamment de toute lésion; l'action en rescision, au contraire, se fonde sur la lésion.

L'action en rescision se trouve ainsi subsidiaire à l'action en nullité. On n'a pas besoin d'y recourir, toutes les fois que le contrat est nul par lui-même, de plein droit.

De ce que l'action en nullité est indépendante de la lésion, il suit qu'il importe peu que l'engagement contracté par le

LONG, *Hyp.*, n° 492; et *Vente*, art. 1594. — Bastia, 12 juin 1855. SIREY, 55, 2, 670.

mineur lui soit avantageux, et tel qu'un majeur se serait empressé de le contracter lui-même. Là où il y a nullité, tout est dit, et il suffit qu'elle soit opposée par la partie qui a le droit de s'en prévaloir pour qu'elle doive être ordonnée, dût-elle même léser la partie qui la demande plus que le maintien de la convention.

10. Nous arrivons à l'exposé de notre propre théorie. On nous pardonnera sans doute les développements dans lesquels nous sommes entré déjà, et ceux dans lesquels nous devons entrer, à raison de l'importance doctrinale et pratique de la question.

On sait que sous l'empire du droit romain, la tutelle finissait à la puberté, dont l'âge était fixé à douze ans pour les filles, à quatorze ans pour les garçons (1). Jusqu'à cette époque, celui qui était en tutelle s'appelait proprement pupille, *pupillus*. En sortant de tutelle, il passait en curatelle jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. C'était alors le mineur de vingt-cinq ans, *minor viginti quinque annis, adolescens.*

Le curateur était chargé de l'administration des biens du mineur, quoiqu'il fût apte lui-même à bien administrer sa fortune, *quamvis benè rem suam gerens* (2). Le mineur pourvu d'un curateur ne pouvait contracter aucun engagement sans en être assisté; autrement l'engagement était nul de droit, et n'avait aucune force obligatoire, *servari non oportet*. Quant au mineur qui n'avait pas de curateur, ses engagements étaient seulement susceptibles de restitution (3). Comme, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, le mineur est en effet présumé ne pas avoir toute la maturité de jugement, et qu'il est exposé à être circonvenu et trompé, le préteur introduisit en sa faveur la restitution en entier, *in integrum restitutio*, contre les actes où il avait été lésé. Cette restitution était un bénéfice qui n'existait pas dans le droit pur; c'était un secours extraordi-

(1) Voy. Instit., *Quibus mod. tut. finitur.*
(2) L. 1, § 3, *ff. De minor.*
(3) L. 3, C. *De in int. rest.*

naire, *extraordinarium auxilium* (1), que le préteur, mu par un sentiment d'équité, concédait au mineur afin de tempérer la rigueur du droit civil. Elle s'accordait contre tous les actes, quels qu'ils fussent, *quodcumque gestum esse dicitur, sic accipimus qualiter, qualiter*, soit contrat, soit tout autre acte, *sive contractus sit, sive quid aliud contigit* (2), achat, vente, société, prêt (3), acceptation d'hérédité (4). Il suffisait qu'il fût lésé, et la lésion s'entendait tout aussi bien de la perte faite que du profit manqué. Telle était la jurisprudence du préteur (5). Mais cette restitution ne s'accordait qu'en connaissance de cause, *causâ cognitâ* (6), comme les autres restitutions pour dol ou crainte (7), c'est-à-dire que le juge appréciait au fond l'acte lui-même, pour vérifier s'il contenait ou non une lésion.

Les principes de la rescision ou restitution devaient même être tempérés par l'équité. Les actes faits avec les mineurs n'étaient pas d'emblée et indistinctement rescindables. Le préteur ne devait leur accorder le bénéfice de la restitution que dans le cas où ils avaient été lésés par suite de captation ou de négligence grossière. La loi le déclare elle-même (8); elle craignait qu'un excès de sévérité n'interdît aux mineurs tout commerce, toutes relations avec le reste de la société.

Quant au pupille, c'est-à-dire celui qui était en tutelle, les actes faits par lui sans autorisation régulière de son tuteur étaient nuls de droit (9). Il était protégé par le droit pur, par le droit commun, *communi auxilio et mero jure*, de telle sorte qu'il n'avait pas à invoquer, dans ce cas, le bénéfice extraordinaire de la restitution en entier, puisqu'il concourait avec

(1) L. 16, *ff. De minor.*
(2) L. 1 et 7, *ff. De minor.*
(3) L. 7, § 1, *ff. De minor.*
(4) L. 7, § 5 et l. 24, § 2. *ff. De minor.*
(5) L. 7, § 8 et l. 44, *ff. De minor.*
(6) L. 11, § 3, l. 13; et l. 44, *ff. De minor.* — L. 3, *ff. De in int. rest.* — L. 3, C. *De in int. rest.*
(7) L. 1, et l. 3, *ff. De in int. rest.*
(8) L. 24, § 1, *ff. De minor.*
(9) L. 13, § 29, *ff. De act. empt.*

un moyen de nullité de plein droit qui en rendait l'invocation inutile et superflue. Il suffisait de la pupillarité, de l'incapacité du pupille (1). Comme le mineur de vingt-cinq aus contractant sans l'assistance de son curateur, le pupille qui contractait sans l'autorisation de son tuteur faisait un acte inutile, inobligatoire; *ex stipulatione in quâ impubes sine tutore auctore spopondisti, non es obligatus* (2). Mais, ainsi que nous l'avons déjà dit, le mineur de vingt-cinq ans, alors qu'il n'avait pas à invoquer une incapacité de droit, mais un simple défaut de maturité d'intelligence, avait le secours extraordinaire et prétorien de la restitution en entier, qui n'était autre chose qu'une action en rescision pour lésion contre toutes sortes d'engagements. De là la fameuse maxime : *Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus;* ce n'est pas la minorité en droit, mais la lésion en fait, qui fonde l'action en restitution du mineur.

Cette maxime, absolument vraie en droit romain, en tant qu'elle s'appliquait aux mineurs de vingt-cinq ans, passa dans notre ancienne jurisprudence, mais avec un sens et une portée que primitivement elle ne pouvait avoir. Fondée sur cette distinction entre la pupillarité et la minorité, telles qu'elles étaient constituées dans le droit romain, elle ne pouvait rigoureusement trouver place dans notre ancienne jurisprudence française, qui n'admettait qu'une minorité toujours une et identique d'un bout à l'autre. Dès lors, pour être conséquente avec son principe, elle aurait dû adopter les principes du droit romain à l'égard de la pupillarité, et reconnaître avec lui que l'incapacité du mineur, constamment en tutelle jusqu'à sa majorité, était par elle-même suffisante pour entraîner la nullité de droit de ses engagements contractés sans l'autorisation de son tuteur.

Quoi qu'il en soit, comme, après tout, l'action en rescision pour lésion lui semblait suffisante pour protéger les intérêts

(1) L. 16, *ff. De minor.*

(2) L. 1, C. *De inut. stipul.*

du mineur, elle se borna à faire du défaut d'autorisation du mineur un moyen de restitution pour lésion, au lieu d'en faire le fondement d'une action en nullité pour incapacité. En un mot, elle adopta la maxime : *Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus.* « La simple minorité, dit Rousseaud de Lacombe (1), ne suffit; il faut entrer en connaissance de la lésion. C'est la règle générale. » « Le mineur, dit Argou (2), n'est pas restitué comme mineur seulement, il faut qu'il ait été lésé. » On peut dire qu'il n'y a pas de point mieux établi dans notre ancien droit (3).

11. Quel parti a été pris par le Code Napoléon? A-t-il respecté les traditions de notre ancienne jurisprudence? A-t-il, au contraire, introduit des innovations? Sans donner aux discours officiels et aux discussions préparatoires une autorité souveraine, reportons-nous cependant au discours de M. Bigot de Préameneu, exposant les motifs de la loi au corps législatif : « Il résulte, disait-il, de l'incapacité du mineur non émancipé qu'il suffit qu'il éprouve une lésion pour que son action en rescision soit fondée. S'il n'était pas lésé il n'aurait pas d'intérêt à se pourvoir, et la loi lui serait même préjudiciable, si, sous prétexte d'incapacité, un contrat qui lui est avantageux pouvait être annulé. Le résultat de son incapacité est de ne pouvoir être lésé, et non de ne pouvoir contracter. *Restituitur tanquam læsus non tanquam minor.* » Et ailleurs : « Dans leur qualité de mineurs la moindre lésion suffit pour qu'ils se fassent restituer; ils n'ont pas besoin de recevoir de la loi d'autre secours. » M. Jaubert disait également : « Il est bien vrai qu'en règle générale un mineur est déclaré incapable

(1) V° *Restitution*, sect. 2, n° 1.

(2) T. 2, pag. 104-105.

(3) Voy. Ferrière, *Paris*, art. 239, glose 2, n° 12, et glose 3, n° 33, t. 3, pag. 508 et 546. — Basnage, *Hyp.*, ch. 3, pag. 21. — Boucheul, *Poitou*, art. 315, n° 6. — Valin, *La Rochelle*. art. 24, n° 182, t. 1, pag. 608. — Guy Pape, *Jurisprudence*, sect. 5, art. 2, pag. 318. — Furgole, *Donat.*, ordonn. de 1731, art. 7. — Pothier, *Oblig.*, n° 52.

de contracter; mais un mineur peut être capable de discernement; le lien de l'équité naturelle peut se trouver dans un contrat passé par un mineur..... S'il s'agit d'un mineur non émancipé, la simple lésion donne lieu à rescision en sa faveur. Il ne sera pas restitué comme mineur, il pourra l'être comme lésé (1). »

Sans aucun doute, rien ne peut être plus clair, plus formel, moins sujet à interprétation. Il est vrai que la loi est tout entière dans son texte; mais il faudrait du moins un texte bien précis pour autoriser une interprétation qui serait en opposition directe avec l'intention patente du législateur.

Nous écartons d'abord de notre discussion les actes faits par le mineur, durant cette partie de l'enfance où, étant incapable de tout discernement, il ne saurait faire aucun acte sérieux, et, conséquemment, pas plus obliger l'autre partie que s'obliger lui-même envers elle. Nous supposons donc un mineur sorti de cette période de la minorité.

L'article 1124 range, il est vrai, les mineurs au nombre des personnes incapables de contracter. Mais l'article 1125 ajoute qu'ils ne peuvent, pour cause d'incapacité, attaquer leurs engagements que dans les cas prévus par la loi. Voilà donc une restriction apportée, ou du moins annoncée au droit que l'on serait tenté, au premier abord, d'accorder aux mineurs, d'une manière générale et absolue, d'attaquer pour incapacité toutes sortes d'engagements contractés par eux. Nous avons vu, quant aux actes soumis à des formes spéciales, que le défaut d'observation de ces formes emportait nullité de droit. Mais il s'agit ici de ceux qui ne sont assujettis à d'autre forme que l'autorisation du tuteur; et nous nous demandons quelle en sera la valeur lorsque le mineur non émancipé les aura contractés seul.

Quant à la femme mariée, l'interdit, le prodigue assisté d'un conseil judiciaire, la loi s'est expliquée spécialement sur le sort des engagements qu'ils contractent sans l'autorisation ou l'as-

(1) Voy. Locré, t. 12, pag. 323, 391.

sistance du mari, du tuteur, du conseil. Ils sont déclarés nuls de droit, soit à raison du respect dû à l'autorité maritale (1), soit à raison d'un défaut absolu ou d'une insuffisance de discernement (2).

Mais, en ce qui concerne les engagements contractés par les mineurs sans l'autorisation tutélaire, la loi n'a nulle part posé la même sanction de nullité de droit.

En vain, les auteurs dont nous combattons la théorie argumentent-ils du texte des articles 1304, 2012, 1311 et 502 pour en induire que les actes faits par les mineurs, sans autorisation de leurs tuteurs sont nuls de plein droit. Que les articles 1304 et 2012 parlent d'action en nullité, d'obligation qui puisse être annulée; que ces articles fassent même allusion aux engagements des mineurs, qu'importe? Il nous suffit, en effet, pour détruire les inductions que l'on prétend en tirer, de faire cette double observation : d'abord ces articles appliquent l'action en nullité, l'annulation, d'une manière générale, non seulement aux actes des mineurs, mais encore à ceux des femmes mariées, des individus en état d'interdiction ou placés sous l'assistance d'un conseil, toutes personnes à l'égard desquelles on ne peut, sans impropriété, employer d'autres termes que ceux de nullité, d'annulation d'engagements. Puis il est d'ailleurs vrai, dans tous les cas, qu'à l'égard des mineurs eux-mêmes il y a certains actes nuls de droit, notamment ceux qui sont passés sans l'observation des formalités spécialement requises, en outre de ceux qui seraient également nuls de droit de la part de majeurs; ce qui suffit pour l'explication du texte invoqué.

Si l'article 1311 parle d'engagements nuls en la forme, par opposition à ceux simplement sujets à restitution, il reste toujours à savoir quels sont ces engagements nuls en la forme. Or, nous disons que ce sont précisément ceux qui ont été contractés sans que les formes spéciales requises aient été

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 52.
(2) Instit., § 8, *De inut. stipul.*

accomplies. Le texte de la loi trouve donc encore son application.

De ce que l'article 509 assimile l'interdit au mineur pour sa personne et pour ses biens, il n'en faut point conclure que les actes du mineur soient nuls de droit comme ceux de l'interdit (502). Cette assimilation que la loi établit entre eux ne se réfère pas à leur incapacité respective. L'article 509 prend, en effet, le soin d'expliquer lui-même en quoi elle consiste, quand il ajoute que les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits; ce qui veut dire simplement qu'elle sera gouvernée par les mêmes règles, en ce qui concerne son attribution de droit, sa collation judiciaire, les dispenses, les exclusions, les droits et les devoirs du tuteur, son administration quant aux biens et à la personne. Il eût même été inutile de déclarer nuls de droit les actes passés par un interdit, si déjà cette nullité existait pour les actes du mineur. L'assimilation de l'un avec l'autre, telle qu'on l'entend, était parfaitement suffisante.

Reste donc l'article 1305, dont nous devons préciser le véritable sens et montrer l'accord avec les autres dispositions du Code. N'oublions pas qu'il est destiné à établir un des cas annoncés par l'article 1125, où les mineurs peuvent attaquer les engagements qu'ils ont contractés. La première réflexion qui se présente, c'est que, en l'absence de tout article qui déclare spécialement les engagements des mineurs nuls de droit pour cause d'incapacité, l'article 1305, cependant, n'ouvre en faveur du mineur, émancipé ou non, qu'une action en rescision pour lésion. De l'incapacité, il n'en dit pas un mot. Si donc, après l'avoir combiné avec l'article 1125, on le rapproche des articles 225 et 502, on arrive à cette conviction que, à la différence des engagements des femmes mariées et des interdits, ceux des mineurs sont simplement rescindables pour lésion.

Une seconde réflexion qui vient à l'appui de la première, c'est que l'article 1305 ne s'occupe nullement des femmes mariées, des interdits. Il ne les place donc pas sur la même ligne que les mineurs, et, quand il accorde aux premiers une

action en nullité, il n'accorde aux autres qu'une action en rescision. Il faut donc renoncer à toute assimilation de l'interdit et du mineur, ou bien, après les avoir assimilés, en l'absence de toute disposition formelle, sous le rapport de l'action en nullité, les assimiler de même, en dépit des termes exprès de l'article 1305, sous le rapport de l'action en rescision pour lésion.

Mais la grande erreur du système que nous combattons réside dans une fausse interprétation de l'article 1305. Dans ce système, on est forcé de prétendre qu'il suppose un mineur contractant avec l'autorisation de son tuteur, ou un mineur émancipé contractant, en dehors de sa capacité exceptionnelle, avec l'assistance de son curateur. Car, à défaut de cette assistance ou de cette autorisation, il y aurait toujours, dans le système opposé au nôtre, action en nullité, et nonen rescision pour lésion. Il nous paraît, au contraire, de toute évidence que l'article 1305 suppose un mineur, émancipé ou non, contractant seul sans autorisation du tuteur ni assistance du curateur. On ne comprend guère, en effet, comment la loi serait ainsi conçue pour sous-entendre cette assistance et cette autorisation, alors surtout que, dans toute la théorie de la tutelle, c'est le tuteur qui est toujours censé contracter au nom du pupille, et nulle part le pupille avec l'autorisation du tuteur. Lors donc que l'article 1305 parle de conventions faites par le mineur, il se place en dehors des conventions faites suivant les règles de la tutelle; il suppose enfin le mineur contractant seul.

Ce premier argument, tiré des termes généraux de notre article, se fortifie par le rapprochement de sa première et de sa seconde partie. En effet, dans cette dernière partie, en s'occupant des conventions qui excèdent la capacité du mineur émancipé, il suppose nécessairement des actes que ce mineur émancipé a faits seul, sans être assisté de son curateur; car, s'il était assisté de son curateur, on ne pourrait dire qu'il s'agit d'actes excédant sa capacité, puisque l'article 1305, ainsi que nous l'avons établi plus haut, fait entrer dans ses prévisions

seulement les actes qui ne sont pas soumis à des formalités spéciales. S'il suppose ainsi des actes faits par un mineur émancipé, en dehors des bornes de sa capacité, c'est-à-dire sans l'assistance de son curateur, il doit de même supposer, dans sa première partie, des actes faits par un mineur non émancipé, sans l'autorisation de son tuteur.

Les articles qui suivent, rapprochés de l'article 1305, complètent cette démonstration. Les articles 1307, 1308, 1309, 1310, 1311 supposent tous, en effet, que le mineur contracte seul et en son nom, sans autorisation ni assistance du tuteur. Telle est évidemment l'hypothèse de l'article 1307; car une déclaration de majorité est incompatible avec l'idée contradictoire de l'intervention d'un tuteur. Or, les diverses hypothèses prévues par ces articles ne sont que la continuation de l'hypothèse prévue par l'article 1305.

Il est si vrai enfin que cet article subordonne la rescision des engagements du mineur contractant seul à l'existence d'une lésion, que sa seconde partie exclut expressément l'action en nullité, en ce qui concerne le mineur émancipé agissant en dehors des bornes de sa capacité. Son incapacité seule ne suffit donc pas. Or, comme l'article 1305, dans la généralité de ses termes, range sur la même ligne et confond dans la même disposition le mineur non émancipé pour toutes conventions, et le mineur émancipé pour les actes qui excèdent les bornes de sa capacité, il s'ensuit nécessairement que ni l'un ni l'autre ne peuvent se faire de leur incapacité seule un moyen de nullité de plein droit, mais seulement un moyen de rescision pour lésion.

12. On a déjà pressenti sans doute une autre conséquence de notre système; c'est que les actes faits par le mineur non émancipé avec l'autorisation de son tuteur, ou par le mineur émancipé avec l'assistance de son curateur, alors que la loi n'exige aucune autre forme spéciale, sont tout aussi valables que s'ils avaient été faits par des majeurs jouissant de la plénitude de leurs droits civils. Dans la théorie de la tutelle, le

tuteur représente son pupille, quand il contracte en son nom; s'il l'autorise, il habilite sa personne, comme fait le curateur quand il assiste le mineur émancipé. Le mineur n'est plus un incapable, puisque sa personne a été régulièrement habilitée. Les actes que le tuteur a faits ou autorisés de bonne foi sont donc inattaquables; *quæ bonâ fide a tutore gesta sunt rata habentur... nec interest tutor solvendo fuerit nec ne* (1), et peu importe que le tuteur soit solvable ou ne le soit pas.

Sur quel texte, sur quelle considération pourrait-on fonder, dans ce cas, l'action en rescision pour lésion en faveur du mineur non émancipé ou émancipé? De texte, il n'y en a aucun, du moment que nous avons écarté l'application de l'article 1305. Quant aux considérations, elles peuvent sans doute aider et faciliter l'interprétation d'un texte obscur et équivoque; mais, certainement, elles ne sauraient prévaloir sur les termes de la loi, ni autoriser l'introduction d'une disposition qui n'est pas de droit commun. Quelque respectables et dignes de faveur que soient les intérêts des mineurs, la loi n'a pu leur sacrifier la sécurité des tiers, la fixité des droits acquis, la certitude de la propriété. Elle a fait assez pour eux en leur ouvrant, outre le recours en responsabilité contre leurs tuteurs, une action en rescision pour lésion contre leurs engagements. Cette double protection qu'on voudrait leur accorder d'une action en nullité pour incapacité, d'une action en rescision pour lésion, serait contraire au but de toute bonne législation. Il y a mieux, elle serait inefficace et dangereuse par son excès même. Son résultat certain et incontestable serait d'isoler les mineurs dans la société, de les écarter du commerce des contrats, par la crainte d'une action en rescision toujours imminente, et contre laquelle les tiers n'auraient d'autre garantie que d'être dupes volontaires (2).

(1) L. 12, § 1, *De adm. et per. tut.*

(2) DURANTON, T. 3, n° 692; T. 10, n°s 280 et suiv.—PROUDHON, T. 2, pag. 289 et suiv. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 430, 432, n[te] 2; 433, n[te] 6; 434, n[te] 7. — MARCADÉ, art. 1305.—Toulouse, 13 fév. 1830. SIREY, 31, 2, 314.—Bastia, 26 mai 1834. SIREY, 35, 2, 27.—Cass., 18 juin 1844. SIREY, 44, 1, 497.

13. Appliquons notre théorie à quelques-uns des actes que le tuteur peut faire, ou le mineur avec l'autorisation du tuteur, ou le mineur émancipé avec l'assistance du curateur, sans autre forme spéciale. Tels sont, pour le mineur non émancipé, les baux, la réception d'un capital, le placement de fonds, les achats de meubles ou d'immeubles; pour le mineur émancipé, l'exercice des actions immobilières, la défense à ces mêmes actions, la réception d'un capital mobilier, les achats ou autres contrats qui ne se réfèrent pas à des actes d'administration. Tous ces actes, faits avec l'autorisation du tuteur ou l'assistance du curateur, seront inattaquables, même par action en rescision pour lésion.

Si, par exemple, le tuteur a fait emploi des capitaux de son pupille en achats d'immeubles, le mineur sera forcé d'agréer cet emploi, sauf son recours en responsabilité contre le tuteur pour mauvaise gestion. A la différence de l'article 102 de l'ordonnance d'Orléans, le Code civil n'exige point, en effet, que l'emploi ne soit fait qu'après avis de parents homologué en justice. Le tuteur à ainsi toute liberté d'action (1); et sur ce point, nous ferons seulement remarquer que sa responsabilité n'est pas engagée par cela seul qu'il a fait un achat désavantageux, *non bonam conditionem elegerit*, mais qu'elle ne l'est que dans le cas où il s'est rendu coupable de négligence ou de collusion (2).

14. Jusque-là nous avons assimilé le mineur non émancipé et le mineur émancipé, en ce qui touche la validité ou la rescision de leurs engagements, résultant d'actes juridiques qu'ils ne peuvent contracter qu'avec l'autorisation du tuteur ou l'assistance du curateur. Mais il est certains actes à l'égard desquels nous devons signaler une différence fort remarquable qui existe entre eux.

D'après l'article 481, le mineur émancipé a capacité pour faire tous les actes qui ne sont que de pure administration,

(1) Duranton, t. 3, n° 570.
(2) L. 7, § 2, *ff. De adm. et per. tut.*

sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même. Mais à l'égard des engagements qu'il aurait contractés, pour l'exercice et à l'occasion de son administration (1), par voie d'achats ou autrement, ils seront réductibles simplement en cas d'excès (484). Or, il ne faut point confondre, dans son principe ni dans ses conséquences, cette action en réduction avec l'action en rescision. Chaque fois qu'il y a excès, il y a sans doute lésion, en ce sens que l'engagement est préjudiciable et désavantageux. Mais il peut y avoir lésion sans qu'il y ait excès; et, dans ce cas, le mineur émancipé n'est point restituable, d'une part, parce que l'acte n'est pas excessif, et, de l'autre, parce qu'ayant la capacité d'un majeur, la lésion n'est comptée pour rien. S'il s'agissait, au contraire, d'un mineur non émancipé, la lésion simple, l'excès même de l'engagement, qui est une lésion, *re ipsâ*, ouvrirait en sa faveur l'action en rescision.

La lésion s'apprécie en elle-même, et si les juges la reconnaissent, ils ne peuvent, sous aucun prétexte, se dispenser de prononcer la rescision. Mais lorsqu'il s'agit d'une action en réduction pour excès, les tribunaux doivent prendre en considération la fortune du mineur émancipé, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses (484).

La rescision a pour effet de remettre les parties au même et semblable état qu'avant la convention. L'action en réduction a seulement pour objet de restreindre un engagement excessif, et de le ramener dans les sages limites que la prudence et la modération auraient dû conseiller au mineur émancipé de ne point franchir. Ce n'est pas cependant que les juges ne puissent et ne doivent même annuler pour le tout, lorsque l'engagement, par sa nature, par son but et par son objet, n'est pas susceptible de réduction (2).

15. Le terme de lésion, suffisamment clair par lui-même,

(1) Troplong, *Vente*, n° 167. — Zachariæ, t. 1, pag. 265.
(2) Zachariæ, t. 1, pag. 265.

n'a pas besoin d'être défini. Il s'entend indifféremment du profit manqué, de la perte éprouvée, des charges assumées et même des embarras, des peines, des vexations d'un procès auquel le mineur se serait exposé (1). Comme la loi, n'en a point donné de définition, les juges ont sur ce point un pouvoir très large d'appréciation.

16. Tels sont les caractères généraux de la lésion ; mais quelle doit en être l'importance pour qu'elle puisse fonder l'action en rescision? La loi n'en a fixé la quotité que pour les partages, pour les ventes d'immeubles, et encore pour les majeurs seulement. Quant aux actes des mineurs, elle n'a rien déterminé. Elle parle de lésion, c'est-à-dire d'une lésion quelconque. Suffira-t-il donc d'une lésion minime, si modique qu'elle soit, comme s'en contentaient certains anciens auteurs? Faudra-t-il une lésion notable, comme la voulaient certaines coutumes, ou même le *grande damnum*, le dommage grave de la loi romaine (2)?

Nous repoussons tout extrême, et pensons que, si c'est exiger trop que de demander un dommage considérable, c'est exiger trop peu que de se contenter d'une lésion minime. Ce n'est pas, en effet, pour un modique et souvent inappréciable intérêt, que les tribunaux doivent rompre des engagements. Il est même de l'avantage des mineurs, que la lésion, si minime qu'elle soit, ne soit pas suffisante. Car l'incertitude de leurs engagements, le défaut de sécurité, l'imminence des rescisions ne tendraient à rien moins qu'à les exclure, vis-à-vis des tiers, de toute communion des relations sociales. Qui donc voudrait contracter avec eux, s'il ne trouvait lui-même de sécurité que dans un sacrifice volontaire de sa part, et si, pour éviter une action en rescision, il devait se faire lésion à lui-même (3)?

(1) L. 44 et 6, *ff. De minor.*
(2) L. 49, *ff. De minor.*
(3) DURANTON, T. 10, n° 288. — TOULLIER, T. 7, n° 577. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 437, n^te 9.

Mais quelle sera la mesure de cette lésion notable, qui seule nous paraît suffisante pour fonder l'action en rescision? On peut, jusqu'à un certain point, par analogie, la prendre dans la loi. Le défaut de contenance de l'héritage vendu ne donne lieu à augmentation ou à diminution de prix que tout autant que la différence est d'un vingtième en plus ou en moins, eu égard à la valeur de la totalité des objets vendus (1619). Pourquoi ne pas prendre cette base du vingtième? Nous ne l'indiquons, au surplus, que comme mesure d'équité rentrant dans l'esprit du Code Napoléon, et en observant que cette règle d'appréciation est inapplicable, lorsque la lésion résulte de circonstances extérieures à l'objet même du contrat.

17. Toujours est-il, en effet, que la lésion doit s'apprécier non seulement eu égard à l'objet de la convention, mais encore à raison des circonstances extérieures de l'engagement, de ses effets immédiats et médiats, de ses conséquences directes ou indirectes, prochaines ou même éloignées, pourvu qu'elles s'y rattachent nécessairement. Que, par exemple, un mineur ait acheté un immeuble, même à un prix avantageux; mais qu'il n'ait point disponible l'argent nécessaire pour l'acquitter; qu'il soit, en conséquence, placé sous le coup de poursuites rigoureuses, de saisies, d'expropriation : voilà autant de circonstances, non seulement aggravantes, mais, au besoin, constitutives même de la lésion.

18. Il nous semble de toute évidence que la lésion doit s'apprécier relativement, eu égard à l'importance de l'acte dont la rescision est poursuivie. Dans telle circonstance il y a lésion notable, alors que dans telle autre circonstance la même lésion devrait être considérée comme minime et insuffisante. Telle serait une lésion de cent francs dans un contrat qui aurait une importance de dix mille francs ou davantage.

19. On peut dire avec vérité que le mineur est lésé toutes les fois qu'il ne retire point de son contrat un avantage qui, juridiquement apprécié, offre l'équivalent des obligations qu'il

s'est imposées. Ce principe sert à résoudre la question suivante : un mineur s'oblige à payer ou paye tant pour tirer son père de prison? Pourra-t-il faire rescinder cet engagement pour cause de lésion? Les anciens auteurs (1) semblent résoudre la négative sans distinction, et considèrent comme non rescindables les obligations contractées par un mineur pour actes de piété. Nous croyons que, sous le Code Napoléon, quelle que soit la faveur due à de pareils actes, ils sont susceptibles de rescision pour lésion, à moins qu'il ne soit établi que le mineur avait à les contracter un intérêt juridiquement appréciable. Tel serait le cas où la liberté du père devait, dans l'intérêt même du mineur et de la famille, le maintenir dans l'administration de ses affaires, dans l'exercice d'un commerce, d'une profession, d'une industrie. Ce sont autant de résultats avantageux pour le mineur lui-même, qui peuvent, suivant les circonstances, écarter toute espèce de lésion.

20. Il y a cette importante différence, entre l'action en rescision ouverte au mineur par l'article 1305, et les autres actions en rescision pour lésion, que l'autre partie ne peut échapper à ses conséquences en offrant une indemnité. Si, en matière de partage (891) et de vente (1681), le copartageant ou l'acquéreur peut éviter la rescision de l'acte en offrant un supplément de lot ou de prix, cette faculté, résultant de dispositions exceptionnelles, ne peut, dans le silence de la loi, être étendue à ceux qui ont fait avec les mineurs des contrats lésionnaires. Nonobstant toutes offres d'indemnité de leur part, l'action en rescision doit être poussée rigoureusement à bout, si le demandeur y persiste.

ARTICLE 1306.

Le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion,

(1) Voy. AUZANET, liv. 2, ch. 78. — BARDET, liv. 1, ch. 46. — BRODEAU, sur LOUET, lettre A, somm. 9, n° 9.

lorsqu'elle ne résulte que d'un évènement casuel et imprévu.

Sommaire.

1. La lésion est indépendante des évènements casuels et imprévus.
2. Cas de force majeure.
3. Fait de tiers étrangers.
4. Détériorations, dissipations commises par le mineur.
5. L'autre partie ne peut non plus se prévaloir d'évènements casuels et imprévus.
6. La perte totale ou partielle n'empêche pas l'action en rescision.
7. Des contrats aléatoires. Ils peuvent être lésionnaires.
8. Il suffit qu'ils ne le soient pas au moment de leur formation.

COMMENTAIRE.

1. Comme l'action en rescision est essentiellement fondée sur l'existence d'une lésion notable, il faut, ainsi que nous l'avons dit, que cette lésion se rencontre, soit dans l'objet même du contrat, soit dans ses effets naturels, soit dans ses conséquences directes ou indirectes, prochaines ou éloignées, pourvu que, dans tous les cas, elles se rattachent à l'acte comme en étant une suite prévue et nécessaire. Son existence doit ainsi s'apprécier, indépendamment des évènements ultérieurs que le contrat n'a ni préparés ni provoqués. Aussi, l'article 1306 dit-il que le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un évènement casuel et imprévu. Dans ce cas, en effet, la lésion n'est pas imputable au contrat, mais à des évènements de la prestation desquels nul n'est tenu (1).

2. On a besoin de s'entendre sur ce que la loi signifie par évènement casuel et imprévu. Qu'un mineur non émancipé, sans l'autorisation de son tuteur, ou un mineur émancipé, sans l'assistance de son curateur, achète une maison que le feu du ciel vient à dévorer. L'achat a eu lieu à prix équitable et modéré. Pas de lésion dans le contrat, pas de restitution. L'incendie de la maison est un cas fortuit et de force majeure,

(1) Argou, *Instit.*, T. 2, pag. 404 et 405.

dont le mineur doit subir les conséquences, quelque dommageables qu'elles soient. Il est bien vrai que, s'il n'avait pas acheté, il n'aurait pas éprouvé ce préjudice ; mais la vente n'en est que l'occasion, et l'incendie est bien, dans toute la force légale des expressions, un évènement casuel et imprévu. Il est inutile de multiplier les exemples ; chacun peut en imaginer à l'infini.

3. Il est également sensible que le mineur n'est pas restituable, si la lésion dont il se plaint provient uniquement du fait de tiers étrangers, par exemple, de dégradations par eux commises sur l'objet du contrat, postérieurement à la convention. C'est là encore un évènement casuel et imprévu. Nous devons même remarquer que le mineur aura contre les auteurs du dommage, une action en réparation civile qui peut lui assurer une complète indemnité.

Si l'auteur du fait dommageable, postérieur à la convention, était précisément la personne qui a contracté avec le mineur, cette circonstance n'aurait elle-même aucune influence sur l'action en rescision. Le mineur n'aurait également, dans ce cas, qu'à exercer une action en dommages et intérêts. Cependant, si le fait de l'autre partie constituait une inexécution de ses engagements, il pourrait poursuivre contre elle, conformément à l'article 1184, la résolution de la convention.

4. Quant aux dégradations, détériorations, dissipations que le mineur aurait personnellement commises en minorité, nous ne pensons pas qu'on doive les considérer, par rapport à l'autre partie, comme évènements casuels et imprévus. Ainsi, un mineur achète un immeuble qu'il dégrade par suite d'actes de mauvaise administration ; il achète des objets mobiliers qu'il dissipe ; il vend des immeubles dont il consomme le prix en de folles ou stériles dépenses. Bien que la lésion ne résulte pas de l'acte lui-même, et qu'elle n'en soit qu'une conséquence plus ou moins directe, plus ou moins prochaine, cependant, comme cette lésion se rattache aux engagements contractés par le mineur, qu'elle en est une suite que l'autre partie pou-

vait prévoir, et à laquelle elle devait s'attendre, sans efforts extraordinaires de prévision, elle nous semble ne pas avoir les caractères d'un évènement casuel et imprévu. Le mineur sera donc restituable pour une lésion de cette nature (1).

5. Si le mineur ne peut profiter des évènements ultérieurs pour fonder une action en rescision, l'autre partie ne peut non plus s'en prévaloir pour la repousser. Il y a pour le prix vénal de certaines choses des fluctuations de hausse et de baisse. Un mineur a acheté fort cher un immeuble, eu égard à la dépréciation actuelle de la propriété foncière. Les prix se relèvent, et au moment où il exerce son action en rescision, l'immeuble par lui acquis vaut le prix qu'il a coûté ou même davantage. La lésion n'en existe pas moins, parce que l'acquisition a eu lieu, dans son temps, moyennant un prix exagéré. Il n'a pas dépendu, en effet, du contrat que la lésion ne fût permanente; l'action en rescision sera donc fondée.

Vice versâ, elle ne le serait pas si la lésion ne provenait que d'une dépréciation ultérieure. Ce serait un simple accident, qui ne peut se rattacher au contrat.

6. De ce que les évènements casuels et imprévus ne doivent point rétroagir sur la validité de la convention, il suit que la perte totale ou partielle de son objet, sans aucune faute dont le mineur soit responsable, n'empêche pas celui-ci d'exercer l'action en rescision, si la lésion existe réellement.

7. Il est certains contrats qui, par leur nature même, rendent plus difficile la preuve de la lésion : ce sont les contrats aléatoires. Comme ils présentent des éventualités de perte et de gain, on est disposé à mettre la lésion sur le compte de l'évènement qui fait les risques du contrat. Nulle part, cependant, la loi n'a excepté les contrats aléatoires de ceux contre lesquels le mineur est admis à se faire restituer pour cause de lésion. L'article 1305 les comprend, en ne les exceptant pas, sous ces expressions générales, toutes sortes de conventions.

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 435.

La question est donc résolue en droit. Or, en fait, un contrat, tout aléatoire qu'il puisse être, peut néanmoins présenter une lésion réelle et appréciable. Dans ces sortes de contrats on pèse les risques de part et d'autre, et ces risques peuvent très bien ne pas être dans un juste équilibre; de telle sorte que l'évènement, alors qu'il se réalise, ne doit servir qu'à préciser la lésion, jusque-là incertaine dans sa quotité, mais néanmoins infaillible dans sa réalité. Que l'on suppose, par exemple, un mineur donnant des biens mobiliers en rente viagère, au taux de trois, quatre, et même cinq pour cent. Quoi qu'il arrive, il sera toujours en perte.

Supposons que ce soit le mineur qui prenne à rente viagère; le contrat peut être immédiatement rescindé pour lésion. On peut dire avec raison qu'il y a une sorte de taux courant pour les rentes viagères, suivant les âges, les conditions des personnes. Nous avons des compagnies d'assurances qui ne procèdent pas autrement, et basent le taux de leurs opérations sur les statistiques de mortalité. Ce n'est pas que l'observation et l'expérience en soient venues jusqu'à la prescience des évènements. Mais il est certain qu'elles ont dérobé au hasard une partie de ses mystères, en établissant des bases de probabilités.

Qu'un mineur prenne donc à rente viagère, au rebours des indications fondées sur l'expérience; qu'il paye un taux jugé exorbitant d'après les risques encourus, autant qu'on peut raisonnablement les apprécier; il aura fait, dans ce cas, un contrat rescindable pour cause de lésion, malgré son caractère aléatoire. La lésion, il est vrai, est encore incertaine; l'évènement peut démentir les probabilités. Néanmoins, en prenant les risques tels qu'ils sont établis sur les prévisions de l'expérience, seule base possible d'appréciation, on voit que le mineur à le plus de chances contre lui, et qu'en ce sens il est lésé.

En résumé, le mineur peut être lésé dans un contrat aléatoire comme dans tout autre. En conséquence, il peut, d'ores et déjà et sans attendre l'évènement, se pourvoir en rescision

pour cause de lésion, laquelle existe toutes les fois que les plus grands risques de perte penchent de son côté, soit parce qu'elles ne sont pas proportionnées à ses chances de bénéfice, soit parce qu'il paye au-delà du prix courant des éventualités, de l'*alea*.

8. Malgré les apparences d'une pondération exacte de risques et de périls, même d'une pondération toute favorable au mineur, un contrat aléatoire peut, en définitive, lui causer une énorme lésion. C'est un mineur qui, avant la loi du 26 avril 1855 sur le remplacement militaire, s'est fait assurer, au prix courant des assurances, contre les chances du recrutement, ou qui prend à rente viagère les biens d'un octogénaire, au-dessous même du taux habituel. Le contrat n'offre nulle apparence de lésion. Cependant le mineur sera lésé s'il ne tombe pas au sort, si l'octogénaire survit dix ou quinze ans ; car il se trouve avoir payé un prix d'assurance en pure perte, et servi une rente viagère à un taux exorbitant. Cependant, comme la faveur du sort et la survie du rentier sont des évènements casuels ; comme ils ont fait précisément l'objet des prévisions essentielles du contrat, il n'y aura pas lieu à rescision. Équitable et juste dans son principe, la convention ne doit point subir l'influence des évènements ultérieurs qui n'ont fait que vérifier les risques (1).

Nous reviendrons sur ces questions dans notre commentaire de l'article 1312, en ce qui concerne les effets juridiques de la nullité ou de la rescision.

Article 1307.

La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution.

Sommaire.

1. Simple déclaration de majorité n'empêche l'action en rescision.
2. Suite.

(1) Cass., 18 juin 1844. Sirey, 44, 1, 497.

3. *Quid*, s'il y a dol de la part du mineur?
4. Application de l'article 1307 aux autres incapables.

COMMENTAIRE.

1. Il s'est rencontré dans tous les temps des personnes qui, en contractant avec un mineur, ont réussi à lui arracher une déclaration de majorité, afin d'éluder la loi et d'échapper à l'action en rescision. D'un autre côté, il s'est également rencontré des mineurs qui, dans l'intérêt de leur crédit, et pour offrir plus de sécurité à leur adversaire, lui ont spontanément et mensongèrement donné une déclaration de majorité.

Sous le droit romain, cette déclaration, surprise et captée, ne profitait pas au créancier du mineur; mensongère et fallacieuse, elle privait le mineur du bénéfice de la restitution, attendu que la loi vient au secours du mineur trompé, et non du mineur trompeur; *cum juxta statuta errantibus non etiam fallentibus minoribus jura publica subveniant* (1). C'est qu'alors la malice supplée l'âge, *cum malitia suppleat ætatem* (2). Mais si le mineur a été abusé ou circonvenu par son adversaire, il jouira du bénéfice de restitution; *quod si per injuriam vel circumventionem adversarii hoc fuerit factum, durabit beneficium* (3).

Notre ancienne jurisprudence s'écarta des principes du droit romain, et divers arrêts du parlement de Paris défendirent aux notaires de ne plus insérer dans les contrats et obligations pour prêts, les déclarations de majorité et extraits baptistaires; et à toutes personnes de prêter aux fils de famille, sur simple déclaration de majorité et sur le vu d'extraits baptistaires, à peine de nullité des promesses (4).

2. Le Code s'est à la fois écarté des principes du droit romain et des traditions de notre ancienne jurisprudence. La

(1) L. 2, C. *Si min. se maj. dixe.*
(2) L. 3, *ibid.*
(3) L. 3, *ibid.*
(4) Arrêts des 6 mars 1620, 26 avril 1629, 6 fév. 1691, 18 fév. 1716. — LOUET, *Lettre M*, somm. 7, nos 4 et suiv. — ARGOU, T. 1, pag. 119.

simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à la restitution. Telle est la disposition de l'article 1307, disposition générale, applicable à toutes sortes d'actes, soit que le contrat porte que tel est majeur, ou qu'il s'est déclaré majeur. Ce qui établit, en effet, la capacité, ce n'est pas une déclaration, c'est le fait ; ce n'est pas l'apparence ou le mensonge, c'est la réalité. Une déclaration de majorité, inutile quand elle tend à constater un fait vrai, devient au contraire, quand elle énonce un fait faux, une circonstance en quelque sorte aggravante de l'incapacité, parce qu'elle établit la preuve que les parties n'ont eu d'autre intention que de tromper un doute ou d'éluder une vérité.

Lors donc que l'on contracte avec une personne suspecte de minorité, il ne suffit pas de la constituer en délit de mensonge, en obtenant d'elle spontanément ou en lui arrachant une déclaration de majorité. Il faut s'informer de son état autrement que par de semblables déclarations qui, volontaires et spontanées, ne détruisent pas le fait; qui, surprises et captées, l'aggravent. Car la loi ne les considère jamais que comme une faiblesse du mineur, ou comme une captation de son adversaire, toutes choses qui n'empêchent pas l'action en rescision.

3. L'article 1307 parle d'une simple déclaration. Il entend par là une déclaration qui n'est entourée d'aucune circonstance constitutive de manœuvres dolosives et frauduleuses. Si, en effet, le mineur, pour tromper l'autre partie, avait commis un véritable dol, il serait alors déchu du bénéfice de la restitution. Le vice d'incapacité n'en existe pas moins dans son engagement; mais comme il est responsable de son dol personnel (1310); qu'il doit, pour cette cause, des dommages et intérêts à l'autre partie, et que cette dernière trouve la réparation la plus simple et le dédommagement le plus naturel dans le maintien du contrat, il ne peut être donné suite à l'action en rescision. Tenu de garantir de son dol, le mineur ne peut se prévaloir de son incapacité, et si le contrat est

maintenu, c'est plutôt à titre de dommages et intérêts qu'à titre de convention parfaitement valable (1).

Quant aux circonstances qui peuvent constituer le dol, il faut se reporter à l'article 1116. Elles doivent être telles que sans elles l'autre partie n'aurait point contracté. La production d'un faux acte de naissance, des attestations mensongères peuvent être suffisantes pour constituer le dol. Mais l'appréciation en est abandonnée aux tribunaux et subordonnée aux circonstances. Ainsi, les manœuvres pratiquées pour faire croire faussement à un état de majorité devront nécessairement perdre de leur gravité et de leur influence, quand les apparences physiques du mineur auront elles-mêmes témoigné du contraire ; quand l'autre partie se sera associée aux démarches du mineur, ou prouvé, par l'emploi de précautions extraordinaires, ou sa complicité dans la fraude, ou son doute sur le fait de la majorité, toutes circonstances exclusives de la bonne foi.

4. Ce que nous venons de dire du mineur se déclarant majeur en contractant, il faut l'appliquer à tous les incapables, à la femme mariée se déclarant fille (2), au prodigue, à l'interdit se déclarant maîtres de leurs droits. Les principes et les raisons de décider sont à leur égard exactement les mêmes.

Article 1308.

Le mineur commerçant, banquier, ou artisan n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art.

Sommaire.

1. Exception à l'égard des mineurs commerçants.
2. Sont seuls commerçants les mineurs autorisés à faire le commerce.
3. Des artisans.

(1) Toullier, t. 7, nos 589 et 590. — Duranton, t. 12, no 289. — Zachariæ, t. 2, pag. 436.

(2) Pothier, *De la puissance maritale*, nos 52 et 53. — Toullier, t. 2, no 622.

4. Différence entre eux et les commerçants. *Quid*, si dans l'exercice de leur art il y a un élément commercial?
5. L'article 1308 ne s'applique pas aux arts libéraux.
6. Le fait doit être relatif au commerce ou à l'art. Conséquences, contrat d'apprentissage.

COMMENTAIRE.

1. La prospérité du commerce repose sur la confiance et le crédit. En admettant les mineurs à exercer le commerce, la loi a donc dû leur attribuer, dans son exercice, toute la capacité des majeurs. Aussi, le mineur commerçant, banquier, n'est-il point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce (1308). L'ordonnance du mois de mars 1673, titre 1, article 6, portait également que tous négociants et marchands en gros ou en détail, comme aussi les banquiers seront réputés majeurs pour le fait de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de minorité.

2. Il faut remarquer que le mineur commerçant dont s'occupe l'article 1308 n'est pas celui qui, de fait simplement, exerce le commerce. La loi suppose qu'il est autorisé légalement à l'exercer, et que toutes les formalités exigées par le Code de commerce ont été remplies (1). C'est ce qui résulte évidemment des termes mêmes de l'article 2 du Code de commerce, ainsi conçu : « Tout mineur émancipé, de l'un ou de l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l'article 487 du Code Napoléon, de faire le commerce, ne pourra en commencer les opérations, ni être réputé majeur quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce, 1° s'il n'a été préalablement autorisé par son père ou par sa mère, au cas de décès, interdiction ou absence du père, ou, à défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil; 2° si, en outre, l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au tribunal de commerce

(1) Merlin, Rép., v° *Mineur*, § 9, n° 7. — Zachariæ, t. 2, pag. 436, n^te 15.

du lieu où le mineur veut établir son domicile. Et la disposition de cet article est applicable aux mineurs même non commerçants, à l'égard de tous les faits qui sont déclarés faits de commerce par les articles 632 et 633 (3, C. de comm.).

3. La loi place les artisans sur la même ligne que les commerçants et les banquiers. Les artisans mineurs sont réputés majeurs pour faits de leur art. Les relations sociales pour les choses les plus simples et de tous les jours, seraient en effet constamment troublées et même impossibles, si un artisan pouvait, sous prétexte de lésion, demander, par exemple, son salaire à dire d'experts. D'ailleurs, par cela même qu'il est apte à exercer un art, un métier, une profession, il est réputé avoir, quant à leur exercice, tout le discernement d'un majeur, quel que soit son âge.

Ce mot artisan, dont se sert l'article 1308, a une acception fort large. Littéralement, il signifie celui qui exerce un art, une industrie, un métier, une profession quelconque. Il présente, du reste, par lui-même un sens suffisamment clair.

4. A la différence du mineur qui, pour exercer le commerce avec toute la capacité d'un majeur, a besoin d'être âgé de dix-huit ans, émancipé, autorisé conformément à l'article 2, C. de comm., le mineur artisan n'a à remplir aucune condition d'âge ni d'autorisation. Il suffit du simple fait de l'exercice d'un art, d'une profession, d'une industrie.

Il importe même peu qu'il s'agisse d'un louage de travail, ou de la vente d'un objet fabriqué d'avance, soit sur la commande de l'acheteur, soit à prix postérieurement débattu.

Nous devons observer ici que souvent il se mêle à l'exercice d'un art un élément commercial. Par exemple, c'est un tailleur qui, outre sa main-d'œuvre, fait diverses fournitures. En ce point, il est véritablement marchand et doit conséquemment remplir, pour être réputé majeur à raison de son commerce, les conditions prescrites par l'article 2, C. de comm. Mais, quant à la prestation de sa main-d'œuvre, il demeure artisan, et comme tel réputé majeur.

Toutefois, si la main-d'œuvre était l'élément principal, bien que l'artisan eût fait en outre diverses fournitures, il ne faudrait pas le considérer comme marchand, mais comme artisan pur et simple. Le principal emporte ici l'accessoire.

5. En prenant le mot artisan dans son acception propre et usuelle, on ne saurait l'appliquer à ceux qui exercent des professions nobles, des arts libéraux, auxquels la société attache des idées de distinction et de grandeur. Toutes les fois qu'il s'agit d'œuvres réellement artistiques et littéraires, de travaux et de services qui ne sont pas ceux d'un artisan, les priviléges de la minorité sont maintenus. Ainsi, l'article 1308 ne serait pas applicable à Voltaire vendant à un éditeur le manuscrit d'*Œdipe* ou de *la Henriade;* ce qui peut paraître d'une rigueur étrange.

6. Notre article veut que l'engagement du mineur soit relatif précisément à son commerce ou à son art. Si donc il s'engage pour autre chose que son commerce; s'il donne, par exemple, pour autrui un cautionnement qui ne s'y rattache point, il pourra se faire restituer (1).

Ne serait pas de même acte de profession, l'engagement que prendrait le mineur envers celui chez lequel il se met en apprentissage. Il exerce si peu une profession, qu'il s'agit pour lui d'en acquérir une. Il pourrait donc se faire restituer contre un semblable engagement, les lois relatives au contrat d'apprentissage ne contenant sur ce point aucune dérogation au Code Napoléon (2).

Article 1309.

Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux

(1) Basnage, *Hyp.*, p. 2, ch. 2.
(2) Voy. lois des 22 germinal an II (12 avril 1803), et 22 fév. 1851.

dont le consentement est requis pour la validité de son mariage.

Sommaire.

1. Exception relative au contrat de mariage.
2. Distinction entre les clauses du contrat.
3. Exception de l'article 2140 à l'article 1309.
4. Quant au mariage, il n'y a que l'action en nullité.
5. Comment se couvre la nullité du contrat de mariage, dans le cas où le mariage est nul et où la nullité en est couverte.
6. Si, durant le mariage, la nullité du contrat est susceptible de confirmation ou de prescription.

COMMENTAIRE.

1. « Le mineur habile à contracter mariage, dit l'article 1398 est habile à contracter toutes les conventions dont le contrat est susceptible; et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. » Et, dans ce cas, porte l'article 1309, il n'est pas restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage. Ces dispositions ne sont que l'application de la maxime, *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

La faveur du mariage commandait cette exception, que la solennité du contrat justifie. Convention faite entre deux familles, le contrat de mariage ne pouvait, sans les plus graves inconvénients, être soumis à l'action en rescision. Aussi, le mineur dûment assisté a-t-il pour le consentir toute la capacité d'un majeur.

2. Mais la lettre et l'esprit des articles 1309 et 1398 indiquent qu'ils ne doivent être appliqués qu'aux conventions matrimoniales proprement dites, qui sont de la nature et de l'essence du contrat de mariage. Quant aux autres clauses et conventions qui peuvent s'en détacher et constituer valablement un contrat distinct et indépendant, le privilége de l'exception ne s'étend pas jusqu'à elles, pas plus que la faveur ne leur en est due.

Ainsi, la future mineure ne pourrait, dans le contrat de mariage, donner valablement à son futur un immeuble en payement de ce qu'elle lui doit. C'est là une vente qui ne fait pas nécessairement partie des conventions matrimoniales.

Elle pourrait cependant conférer à son futur, mandat pour poursuivre le partage définitif d'une succession dont elle est cohéritière (1). Mais ces questions rentrent particulièrement dans le commentaire de l'article 1398.

3. Par exception aux principes posés par les articles 1398 et 1309, l'article 2140 ne permet pas à la future mineure de consentir dans son contrat de mariage la réduction de son hypothèque légale. Il ne le permet qu'aux parties majeures, puisqu'il ne désigne qu'elles. Ainsi, la future mineure, même assistée de toutes les personnes dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage, ne peut par son contrat valablement restreindre l'étendue indéfinie de son hypothèque légale (2). Et, sous ce rapport, le législateur a peut-être conçu des alarmes mal fondées, surtout quand on considère que par l'article 2141 il a donné au conseil de famille le droit de faire pour le tuteur qu'il impose au pupille, ce que l'article 2140 ne permet pas aux parents de la future de faire pour l'époux qu'ils ont tous choisi.

4. Il est sans doute inutile de faire remarquer que quant à l'acte de mariage lui-même le mineur qui l'a contracté ne peut exercer aucune action en rescision, et qu'il n'a d'autre moyen de se pourvoir que la voie de nullité, conformément aux articles 180 et suivants.

5. Mais cette distinction entre l'acte et le contrat de mariage fait naître plusieurs questions importantes que nous devons examiner.

(1) Cass., 12 janv. 1847. Sirey, 47, 1, 241. — *Contrà*, Bordeaux, 25 janv. 1825. Sirey, 26, 2, 246.

(2) Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 269. — Duranton, t. 20, n° 56. — Merlin, Rép., v° *Inscription*, § 3, n° 18. — Troplong, *Hyp.*, n° 637 *bis*. — Caen, 15 juill. 1836. Sirey, 37, 2, 229.

Supposons un mineur qui se marie avant l'âge légal. Plus tard, la nullité du mariage est converte par l'une des circonstances indiquées par la loi (185). La nullité du contrat de mariage se trouvera également couverte, pourvu qu'il ait été fait d'ailleurs avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement était requis pour la validité du mariage (1). L'époux réputé habile au mariage, l'est aussi pour les conventions matrimoniales.

S'il n'a pas été assisté des personnes dont le consentement était exigé, et que la nullité du mariage résultant de ce défaut de consentement soit plus tard couverte (183), celle du pacte matrimonial le sera aussi, bien entendu pourvu qu'il ait été rédigé sous l'assistance et le consentement de ceux dont le consentement était nécessaire pour la validité du mariage (2). Ici nous supposons un mineur ayant atteint l'âge légal lorsqu'il s'est marié, et un contrat de mariage qui n'est soumis à une action en nullité que parce que le mariage est lui-même atteint de nullité. Mais lorsque cette nullité est couverte d'une manière quelconque, l'époux étant réputé rétroactivement habile au mariage, la nullité du contrat de mariage est par cela même effacée.

Mais la nullité du mariage serait vainement couverte, si le contrat de mariage, qui se distingue de l'acte civil et religieux, avait été passé sans l'assistance de ceux dont le consentement est exigé par la loi. Le pacte matrimonial resterait toujours soumis à l'action en nullité ou en rescision.

6. Comme dans les cas ordinaires, cette nullité est toute relative et ne concerne que l'époux mineur (3).

Durant le mariage, elle n'est susceptible, ni de ratification, ni de confirmation, à moins qu'elle ne soit la conséquence de

(1) LEBRUN, liv. 1, ch. 4, n° 32. — TROPLONG, *Contrat de mariage*, nos 96 et 97. — *Contrà*, DURANTON, T. 14, n° 9. — ODIER, T. 2, n° 605.

(2) TROPLONG, n° 98. — *Contrà*, DURANTON, T. 14, nos 10 et 11. — ODIER, T. 2, n° 610. — RODIÈRE et PONT, T. 1, n° 162.

(3) 1125, n° 6.

la nullité même du mariage. De pareils actes, s'ils étaient valables, tendraient à altérer l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Aussi, ne peuvent-ils intervenir utilement qu'après la dissolution du mariage, époque à laquelle seulement commencera la prescription de l'action en nullité (1).

Article 1310.

Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit.

Sommaire.

1. Le mineur n'est pas restituable contre son délit ou quasi-délit.
2. Pourquoi.
3. Des délits et quasi-délits commis à l'occasion d'un contrat.
4. Dans ce cas, le créancier a l'action *ex delicto* ou *ex contractu*.
5. Le mineur ne doit rien, si, usant de ses droits, il a pu causer le même dommage.
6. Il est restituable contre la transaction faite sur son délit ou quasi-délit,
7. Et contre son aveu.
8. Des interdits et femmes mariées.
9. Les incapables peuvent être poursuivis par la partie civile, devant les tribunaux criminels, sans qu'ils soient assistés ou représentés.

COMMENTAIRE.

1. Ce serait un singulier privilége accordé à la minorité, que le droit de mal faire et de nuire impunément. La loi pénale peut réserver au mineur l'indulgence que mérite son âge (voy. 66 et suiv., C. p.); mais la loi civile, lorsqu'il a agi avec une raison et un discernement suffisants, ne l'en rend pas moins responsable du dommage qu'il a causé. Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit (1310). C'est, en effet, un principe de haute moralité et de souveraine justice, que tout dommage soit réparé

(1) Lebrun, liv. 1, ch. 5, dist. 2, nos 5 et suiv. — Troplong, nos 285 et suiv. — Zachariæ, t. 3, pag. 395. — Voy. 1338, no 22.

par son auteur, quel qu'il soit. La loi romaine l'avait elle-même appliqué aux mineurs; en matière de délits, les mineurs ne sont pas restituables, *et placet in delictis minoribus non subveniri* (1). Peu importe que leur délit ou quasi-délit leur ait été profitable ou non. Car ce n'est pas à titre de restitution, mais à titre de réparation, qu'ils sont tenus.

2. L'on conçoit très bien que les délits ou quasi-délits commis par le mineur, en dehors de tout contrat, tels que le vol, les voies de fait, les attentats à la propriété, soient par lui civilement réparés, comme ils doivent l'être par un majeur. C'est une obligation nécessaire qui lui est imposée par la loi et l'équité, et qu'il a assumée par son fait, sans qu'on puisse reprocher à l'autre partie, en l'absence de tout accord conventionnel, d'avoir choisi elle-même pour son obligé une personne incapable. Elle le subit et ne le choisit pas. Peu importe même que le mineur soit pris comme auteur du délit ou quasi-délit, ou comme civilement responsable, d'après l'article 1384.

3. Mais l'article 1310 ne prévoit pas seulement les délits ou quasi-délits qui ne supposent aucun contrat à l'occasion duquel ils aient été commis. Il rend aussi le mineur garant et responsable du dol et de la violence qu'il aurait pratiqués envers un tiers pour l'induire ou le forcer à contracter.

On ne saurait, toutefois, considérer comme constituant un délit ou un quasi-délit de nature à neutraliser son action en rescision, en l'obligeant à réparer le dommage causé, la simple allégation de sa part d'une cause fausse servant de prétexte à l'engagement qu'il aurait consenti, alors surtout que cette allégation a eu lieu sans aucune intention de tromper ou de frauder les tiers. Il ne cesse pas d'être recevable à se pourvoir en rescision. Autrement, ce serait lui enlever le bénéfice de la protection que la loi a entendu lui assurer, lorsqu'elle a pris soin elle-même de le garantir contre les conséquences de son imprévoyance et de son erreur (2).

(1) L. 9, § 2, *ff. De minor.*
(2) Cass., 19 fév. 1856. SIREY, 56, 1, 301.

Par la généralité de ses expressions, l'article 1310 comprend encore les délits et quasi-délits qui se commettent même à l'occasion d'un contrat préexistant; par exemple, un dépôt, un commodat ou toute autre convention, *in re commodatâ, vel depositâ, vel alias in contractu* (1). L'abus de la chose prêtée, la violation du dépôt (2), l'abus de confiance, la délivrance frauduleuse d'une chose infectée de vices rédhibitoires, tous ces faits constituent des délits ou quasi-délits dont la loi civile exige la réparation de la part du mineur délinquant.

Bien qu'ils aient été commis à l'occasion d'un contrat, il n'en est pas moins vrai qu'ils ont produit des obligations nécessaires, pour lesquelles il n'y a pas eu d'accord conventionnel, puisqu'elles sont en dehors des prévisions et des termes du contrat. Ils sont immédiatement et par eux-mêmes la cause d'un dommage qui doit être réparé.

4. Dans le cas où le délit commis par un mineur l'a été à l'occasion d'une convention préexistante, par exemple, d'un dépôt, d'un louage, d'un mandat (408, C. p.), le créancier a ainsi, à son choix, une double action, soit l'action *ex contractu*, d'après le contrat, soit l'action *ex delicto*, à raison du délit, pourvu que, dans ce dernier cas, le mineur soit *doli capax*, capable de dol. Mais il faut remarquer que la dernière action est prescriptible d'après les règles du droit criminel (637 et suiv., C. inst. cr.), tandis que l'autre n'est prescriptible que par trente ans. Ce que celle-ci a de désavantageux sous le rapport du caractère purement civil, elle le compense sous le rapport de la durée; et le créancier, après avoir laissé prescrire l'action civile *ex delicto*, pourra encore exercer l'action *ex contractu*, d'après le contrat, à raison de son inexécution.

Mais s'il ne lui reste que celle-ci, ce n'est pas qu'elle se restreigne à la restitution de ce qui a tourné au profit du mineur, et qu'elle ne s'étende pas à l'entière réparation du dommage causé, quand, de la part de ce dernier, il y a eu un véritable

(1) L. 9, § 2, *ff. De minor.*
(2) Duranton, t. 18, n° 35.

délit ou quasi-délit. Si, en effet, l'action *ex contractu* ne comprend que ce qui a tourné au profit du mineur, ce dont il s'est enrichi, c'est seulement lorsqu'il a simplement contrevenu à la convention, sans se rendre d'ailleurs coupable d'aucun fait qui engage sa responsabilité, d'après les articles 1382 et 1383.

Tel est le cas de violation de dépôt. L'article 1926, qui ne soumet l'incapable dépositaire à une action en restitution que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son profit, ne s'applique qu'au cas où le dépôt a été détourné et dissipé sans mauvaise foi, sans intention criminelle et frauduleuse de la part du mineur (1).

5. Si le dommage éprouvé par celui qui a contracté avec le mineur ne provient pas directement de son délit ou quasi-délit; si le mineur, usant de ses droits, a pu impunément lui causer le même dommage, alors il n'y a pas lieu à réparation. Mineur, je vous vends sans formalités la chose d'autrui. Vous êtes évincé par le véritable propriétaire. Je ne vous dois, fussé-je même coupable de dol à votre égard, que ce que je vous devrais si, me prévalant de mes droits, j'avais fait annuler pour mon compte la vente de cet héritage, comme faite sans les formes prescrites. Que vous importe, en effet, de quelle manière vous soyez évincé, soit par l'action en revendication d'un tiers, soit par une action en nullité de ma part? Vous n'en éprouvez ni plus ni moins de dommage. Or, je pouvais, sans attendre votre action en garantie, prendre l'initiative d'une action en nullité. Je ne suis donc tenu de vous restituer le prix de vente que j'ai reçu que jusqu'à concurrence de ce dont j'ai profité (1312) (2).

6. Si le mineur transigeait sur les intérêts civils résultant de son délit ou quasi-délit, nul doute qu'il ne pût se faire restituer (3). Mais après la rescision de cette transaction, revi-

(1) L. 1, § 15, *ff. Depos.* — DURANTON, T. 18, n° 35. — TROPLONG, *Dépôt*, n° 58. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 109.

(2) TOULLIER, T. 7, n° 586.

(3) TOULLIER, T. 7, n° 587. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 137. — MARCADÉ, art. 1310, n° 1.

vrait le fait qui, par lui-même, oblige à réparation; de telle sorte que si, en définitive, le mineur est reconnu responsable d'un délit ou quasi-délit, il ne fait que gagner à la rescision de la transaction une simple réduction dans ses engagements.

7. Le mineur pourrait de même se faire restituer contre l'aveu et la reconnaissance qu'il aurait faite de son délit ou quasi-délit (1). Celui-là seul a, en effet, capacité de reconnaître qui a capacité de s'obliger. Cependant, comme il s'agit uniquement de prouver un fait, et que les tribunaux peuvent, en cette matière, s'en rapporter à de simples présomptions, l'aveu et la reconnaissance du mineur, appuyés sur d'autres circonstances graves, concourront, dans tous les cas, à compléter la preuve de son délit ou quasi-délit.

8. Les dispositions de l'article 1310, relatives au mineur, sont également applicables à l'interdit, à la femme mariée. Ils ne sont point restituables contre leurs délits ou quasi-délits, pourvu du moins, quant aux interdits, qu'ils aient été commis par eux dans un intervalle lucide.

Nous observerons encore, quant à la femme, que sa reconnaissance et son aveu, de même que ceux du mineur ou de l'interdit, ne forment point contre elle une preuve qui doive être de droit nécessairement accueillie, sauf au juge à y avoir, en fait, tel égard que de raison.

9. Les privilèges de l'incapacité ne s'effacent pas seulement quant au fond même de l'engagement qui résulte d'un délit ou quasi-délit; ils disparaissent encore quant à la poursuite.

On ne saurait contester au ministère public le droit de poursuivre l'incapable, auteur ou complice d'une infraction quelconque, sans qu'au préalable il ait à s'inquiéter comment l'incapable sera assisté ou représenté devant la juridiction répressive. L'article 216 en a une disposition formelle à l'égard de la femme mariée. Or, comme les raisons de décider sont absolument les mêmes, elle doit être étendue à tous les autres incapables.

(1) TOULLIER, ZACHARIÆ, *ibid.*

Quant à la partie civile, son action sera-t-elle également recevable, bien qu'elle ait été intentée contre un incapable qui n'est ni assisté ni représenté? Il faut distinguer. Si la partie lésée, au lieu de poursuivre son action civile en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, la poursuit séparément, comme alors l'action purement civile est portée devant la juridiction civile, nul doute que l'incapable ne doive être régulièrement assisté ou représenté. Autrement, l'action serait non recevable.

Mais si la partie lésée poursuit son action civile, sans la séparer de l'action publique, soit parce qu'elle cite l'incapable devant le tribunal de police ou correctionnel, soit parce qu'elle intervient comme partie civile sur les poursuites intentées par le ministère public, soit devant le tribunal de simple police, soit devant le tribunal de police correctionnelle, soit enfin devant la Cour d'assises; dans ce cas, son action est recevable, alors même qu'elle est formée contre l'incapable seul, ni assisté, ni autorisé, ni représenté. En effet, est-ce le ministère public qui a pris l'initiative de l'action? La partie civile, en se joignant à lui, communique à son action privée tous les avantages, tous les priviléges de l'action publique. Est-ce, au contraire, la partie lésée qui, la première, a cité l'incapable devant le tribunal de répression? Le ministère public est saisi par sa plainte, à ce point que, par son désistement ultérieur, elle ne peut le dessaisir. Voilà donc, dans l'un comme dans l'autre cas, deux actions unies, jointes d'une manière indivisible. Comme les juges criminels ne peuvent statuer séparément et divisément sur chacune de ces actions, qu'ils doivent, au contraire, statuer sur toutes par un seul et même jugement (3, 161, 189, 358, 359, 366, C. inst. cr.), s'il fallait que la partie civile appelât en cause celui qui représente, assiste ou autorise ordinairement l'incapable, il en résulterait que l'action publique serait gênée, entravée dans sa marche, et subordonnée à la régularité de l'action civile (1).

(1) *Contrà*, ZACHARIÆ, T. 3, pag. 325, n[te] 13. Il distingue, et repousse

Il est si vrai que l'action civile, poursuivie en même temps et devant les mêmes juges saisis de l'action publique, ne peut être soumise aux règles ordinaires de la procédure civile, que la nécessité de mettre en cause celui qui autorise ou représente l'incapable serait inconciliable surtout avec la procédure pratiquée devant les Cours d'assises. Outre la différence des principes relatifs à la compétence des diverses juridictions qui peuvent également être appelées à connaître du crime imputé à l'incapable, il faut, en effet, remarquer que le procureur impérial seul a qualité pour saisir le juge d'instruction; que l'action civile est subordonnée, quant à son exercice devant les juges criminels, à cette initiative du ministère public, à l'ordonnance de renvoi et à l'arrêt de la chambre des mises en accusation; que la partie lésée peut se porter partie civile jusqu'à la clôture des débats; que les débats, enfin, ne peuvent être retardés ni suspendus par l'appel en cause, soit du mari de la femme, soit du tuteur ou curateur du mineur, ou du conseil judiciaire de l'accusé.

Que si l'incapable peut être condamné à des réparations pécuniaires, sans être assisté, autorisé ni représenté, les garanties, qui semblent de ce côté lui manquer, sont suppléées par les formes et les solennités de la procédure et des débats criminels (1).

Il n'y a même pas à distinguer, du moins devant les Cours d'assises, entre le cas où l'incapable accusé est acquitté ou condamné. Cette distinction est repoussée par les articles 358 et 366, C. inst. crim., qui autorisent la Cour à statuer sur les dommages et intérêts prétendus par la partie civile, dans le cas d'absolution comme dans celui d'acquittement ou de condamnation (2).

notre opinion, au cas où la partie lésée intente elle-même la poursuite d'une manière principale.

(1) Toullier, t. 11, n° 373.—Grenoble, 4 mars 1835. Sirey, 35, 2, 308.—Bourges, 18 août 1838. Sirey, 39, 2, 32.—Cass., 15 janv. 1846. Sirey, 46, 1, 489. — 9 mai 1846. Sirey, 46, 1, 844. — 29 mars 1849. Sirey, 50, 1, 77.

(2) Cass., 15 janv. 1846. Sirey, 46, 1, 489.—9 mai 1846. Sirey, 46, 1, 844.

Article 1311.

Il n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution.

Sommaire.

1. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1. Nous renvoyons le commentaire de cet article aux articles 1337 et suivants.

Article 1312.

Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit.

Sommaire.

1. Exception au droit commun des rescisions.
2. Hypothèse de l'article 1312.
3. La restitution doit se faire en leur qualité d'incapables.
4. L'article 1312 ne s'applique qu'à ce qui a été payé durant l'incapacité.
5. *Quid*, si c'est le tuteur qui a reçu?
6. L'adversaire de l'incapable doit prouver le profit fait.
7. Quand y a-t-il profit fait?
8. Le profit fait s'apprécie au temps de la demande. Distinction. Conséquences.
9. Application de l'article 1312 aux contrats aléatoires.
10. Si la chose existe, elle peut être revendiquée. Cession des actions en indemnité.
11. Le mineur est responsable des pertes et dégradations arrivées par sa malice.

12. L'article 1312 s'applique aux personnes non interdites, mais en démence notoire.
13. L'exception de profit fait peut rendre l'action non recevable, faute d'intérêt.
14. Incapable contractant avec un incapable.
15. De la perte de la chose que le mineur avait promise, par son fait et sa faute.
16. L'article 1312 ne s'applique pas aux engagements résultant de la loi ou des quasi-contrats.

COMMENTAIRE.

1. Lorsqu'un contrat est annulé, rescindé, ou résolu, les parties sont remises au même et semblable état qu'avant la convention (1). Chacune d'elles doit faire compte à l'autre de ce qu'elle a reçu. L'article 1312 introduit une exception à cette règle en faveur des mineurs, des interdits, des femmes mariées. Lorsqu'ils sont admis, dit-il, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, et qu'en conséquence de ces engagements il leur a été payé quelque chose pendant la minorité, le mariage ou l'interdiction, ils ne sont tenus de rembourser que ce qui est prouvé avoir tourné à leur profit. C'est là un véritable privilége qui leur est accordé par la loi, et que la raison approuve. S'ils devaient, en effet, rembourser tout ce qui leur a été payé pendant la minorité, la tutelle ou le mariage, au-delà même de ce qui a tourné à leur profit, il en résulterait pour eux une véritable lésion. Et c'est justement ce préjudice que la loi a voulu leur épargner en leur donnant une action en nullité ou en rescision contre leurs engagements.

2. L'article 1241 dit également que le payement fait à un incapable n'est point valable, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier. Il suppose sans doute, comme l'article 1312, que le payement a été fait entre les mains de l'incapable, sans qu'il fût suffisamment assisté ou autorisé. Mais il prévoit un cas différent. Il est fait pour l'hypothèse où une obligation valable préexiste, et où le

(1) Voy. 1183, n° 73.

débiteur en effectue le payement entre les mains d'un incapable. Par exemple, vous avez emprunté mille francs à mon père aujourd'hui décédé, et c'est à moi, son fils mineur, que vous les payez. L'article 1312 suppose, au contraire, le cas où le mineur, l'interdit et la femme mariée font un contrat nul ou rescindable, et reçoivent par eux-mêmes quelque chose, en exécution de ce contrat.

Tel est le cas de l'article 1926, qui suppose un dépôt fait par une personne capable entre les mains d'un incapable. Tel serait encore le cas où un incapable emprunte, reçoit le prix d'une vente ou d'un louage qu'il a contracté, touche enfin quelque chose, en conséquence d'un contrat nul ou rescindable, et contre lequel il se fait plus tard restituer, précisément en sa qualité d'incapable.

3. Il importe d'insister sur le véritable sens et la portée de l'article 1312.

La première observation, c'est qu'il ne doit recevoir d'application que dans le cas où le mineur, l'interdit et la femme mariée se font restituer, en ces qualités, contre les engagements qu'ils avaient contractés. Si donc ils faisaient annuler, rescinder ou résoudre leurs engagements, pour toute autre cause qu'à raison de leurs qualités d'incapables, soit pour dol, erreur, violence ou lésion, comme pourrait le faire un majeur, parce que, sous le rapport de leurs incapacités, ils ont été légalement habilités, l'article 1312 cesserait alors d'être applicable.

Cette distinction théorique ne laisse pas d'avoir un grand intérêt dans la pratique. Par exemple, c'est une femme mariée qui vend avec l'autorisation de son mari un de ses immeubles; elle ne pourra pas se faire restituer comme femme mariée, puisqu'elle a été dûment autorisée. Mais elle a été lésée de plus des sept-douzièmes; alors elle fait rescinder le contrat pour cause de lésion, comme aurait pu le faire un majeur. L'acquéreur, dans ce cas, aura le choix de garder la chose en fournissant un supplément de prix, ou de rendre la chose. S'il opte

pour un supplément, il ne doit l'intérêt que du jour de la demande en rescision; s'il rend la chose, il rend les fruits aussi du jour de la demande; et l'intérêt du prix qu'il a payé lui est compté, dans ce dernier cas, aussi du jour de la demande ou du jour du payement, s'il n'a touché aucuns fruits (1681, 1682).

Au contraire, lorsqu'un incapable se fait restituer, en cette qualité, soit par action en nullité, soit par action en rescision pour lésion, il est pleinement remis au même et semblable état qu'avant la convention, et les restitutions de choses et de prix, de fruits et d'intérêts se font suivant les règles relatives aux résolutions ordinaires (1). Nous ne croyons pas, en effet, que l'article 1682 soit applicable à l'action en rescision pour cause de lésion intentée par un mineur en cette qualité, d'abord parce que l'autre contractant n'a pas alors le choix entre la restitution de la chose et le payement d'un supplément, option à laquelle se réfèrent les dispositions de l'article 1682; ensuite parce que cet article est une véritable exception au droit commun, et qu'à ce titre il ne doit pas être appliqué hors du cas spécial pour lequel il a été édicté. Il faut considérer d'ailleurs que, si les fruits ou les intérêts ne devaient se restituer que du jour de la demande, l'incapable pourrait être lésé, ce que la loi a voulu éviter.

4. Par exception au droit commun et aux effets généraux des rescisions et annulations, le mineur, l'interdit, la femme ne doivent rembourser à l'autre partie, lorsqu'ils se font restituer, en ces qualités, contre leurs engagements, que ce qui est prouvé avoir tourné à leur profit. Cette exception, fondée sur leur état d'incapacité, ne doit naturellement s'appliquer qu'aux choses qui leur ont été payées, en conséquence de leurs engagements annulés ou rescindés, pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage. Telles sont les dispositions expresses de l'article 1312 (2). Si donc, en supposant que ce payement n'eût point converti l'action en nullité ou en rescision, quelque

(1) L. 27, § 1, et l. 24, § 4, *ff. De minor.*
(2) Voy. l. 27, § 1 et l. 47, § 1, *ff. De minor.* — L. 47, *ff. De solut.*

chose leur avait été payé après l'évènement de leur majorité, la mainlevée de leur interdiction, ou la dissolution du mariage, ils seraient tenus de restituer tout ce ce qu'ils auraient ainsi reçu, soit qu'ils en eussent profité ou non. C'est qu'ils avaient alors toute capacité. Les divers payements qu'ils auront reçus seront, conséquemment, régis par des principes différents, suivant leur état de capacité ou d'incapacité au temps où ils ont été effectués.

Il faut en dire autant des payements qui auraient été faits à leurs héritiers capables et majeurs.

5. Nous supposons toujours un engagement nul ou rescindable. Mais ce n'est plus le mineur, l'interdit ou la femme qui reçoit le payement. C'est le tuteur ou le mari à qui ce payement est fait, sans que toutefois il couvre l'action en nullité ou en rescision. Le mineur, l'interdit, la femme mariée faisant rescinder ou annuler leurs engagements, n'auront sans doute à rembourser, sur ce qui aura été payé, soit à eux-mêmes, soit à leur tuteur ou mari, que ce qui sera prouvé avoir tourné à leur profit. Mais la partie qui aura payé entre les mains du tuteur ou mari, aura contre eux une action en restitution du tout, ou du moins de la différence entre ce qu'elle a payé et ce que lui rembourse le mineur, l'interdit ou la femme mariée. Pour eux, en effet, ils sont censés avoir profité de ce qu'ils ont reçu.

Par exemple, un tuteur vend sans formalités un héritage qui lui est commun avec ses pupilles. Ceux-ci ne peuvent faire rescinder la vente que pour leur part, à moins que l'acquéreur n'en demande la révocation pour le tout, parce qu'il n'a pas eu l'intention d'acheter seulement une partie. Le contrat est donc annulé ; l'acquéreur aura une action en remboursement du prix pour le tout contre le tuteur, et pour leur part contre les pupilles, jusqu'à concurrence du moins de ce qui a tourné à leur profit (1).

(1) L. 47, § 1, *ff. De minor.*

6. Si l'incapable doit prouver que le contrat est nul ou rescindable, cette preuve faite, c'est à l'autre partie à prouver qu'il a profité du payement qu'il a reçu. Tel est l'ordre des preuves à faire; car si l'incapable est demandeur en nullité ou en rescision, son adversaire devient demandeur à son tour en remboursement.

Lorsqu'une partie capable a reçu quelque chose, notamment une somme d'argent, elle en est immédiatement censée plus riche, indépendamment de l'emploi qu'elle a pu en faire. Mais cette présomption n'existe pas à l'égard de l'incapable. Il peut recevoir une somme d'argent, et la dissiper en de folles dépenses, sans en retirer aucun profit. On doit donc prouver contre lui l'utilité de l'emploi qu'il en a fait. Jusqu'à cette preuve faite, il y a dans la loi présomption du contraire, à raison de son incapacité.

7. L'obligation imposée à l'incapable de tenir compte, nonobstant la rescision et la nullité de son engagement, de tout ce qui a tourné à son profit, est fondée sur ce grand principe d'équité naturelle qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui.

Cette question de profit fait est une question plus de fait que de droit. Il y a tant de manières de tirer profit de ce qui est reçu par l'incapable, qu'il est impossible même d'imaginer les divers cas où il est censé s'être enrichi. Qu'il nous suffise donc de dire que l'incapable aura profité du payement fait entre ses mains, toutes les fois qu'il l'aura employé directement ou indirectement à sa libération d'une dette légitime, résultant, soit d'un engagement régulier, soit d'un délit ou quasi-délit (1); qu'il s'en sera servi pour faire des réparations nécessaires ou utiles, ou pour se procurer, par voie d'achat ou autrement, des choses dont il avait un besoin indispensable. Il s'est, en effet, alors enrichi, soit de ce qu'il a acquis, soit de ce qu'il a été dispensé de prendre sur lui-même. *Hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletior est* (2), il est plus riche de ce dont il ne s'est pas appauvri.

(1) Cass., 24 janv. 1855. Sirey, 56, 1, 56.
(2) L. 47, *ff. De solut.*

Le payement aurait également tourné au profit de l'incapable, s'il avait été employé pour son éducation et son instruction, ou même pour la satisfaction d'un sentiment louable d'humanité, telle qu'une aumône, en la renfermant, toutefois, dans des limites justes et en rapport avec sa condition et sa fortune. De pareilles dépenses peuvent avec raison être, dans ce cas, considérées comme nécessaires.

8. La question de profit fait, *de in rem verso*, doit s'apprécier au moment où l'incapable intente son action en nullité ou en rescision. Il ne doit rembourser que ce dont il se trouve enrichi à cette époque (1).

Ce n'est pas à dire, cependant, qu'on ne doive jamais considérer le passé. Il peut, en effet, arriver que l'incapable ait tiré de la chose par lui reçue, un profit qui s'est évanoui avant la demande, par suite d'un évènement de force majeure, ou imputable au fait de l'incapable lui-même. Ainsi, il a fait à sa maison, avec l'argent reçu, des réparations nécessaires, ou acheté une chose dont il ne pouvait se passer. La maison est dévorée par un incendie; la chose périt; puis l'incapable intente son action en nullité ou en rescision. On devra calculer son profit fait, indépendamment des évènements postérieurs, parce que, dès le principe, il s'est enrichi de tout ce qu'il a été dispensé de débourser (2). L'article 1306, relatif à la manière d'apprécier la lésion, nous fournit ici un puissant argument par analogie.

Mais si le prétendu profit fait par l'incapable durant son incapacité, au lieu de résulter d'un emploi en dépenses nécessaires, indispensables, ne provenait que d'un emploi en dépenses simplement utiles, et que l'utilité de cet emploi eût disparu avant la demande, même par suite d'un cas fortuit et de force majeure, les juges ne devraient alors reconnaître de profit fait que jusqu'à concurrence de ce qui subsiste de l'em-

(1) L. 4, *ff. De except. præscrip.* — L. 47, *ff. De solut.* — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 438. — DURANTON, T. 12, n° 45.

(2) L. 47, § 1, *ff. De solut.*

ploi soi-disant utile. C'est qu'alors la dépense n'étant pas nécessaire, on ne peut dire que l'incapable s'est enrichi de tout ce dont il ne s'est pas appauvri. Comme elle est simplement utile, son utilité doit se vérifier d'après ses résultats définitifs (1).

Mais elle se vérifiera à l'époque de la demande, de telle sorte que si l'utilité et le profit fait, établis à ce moment-là, venaient à s'évanouir plus tard, soit après, soit durant l'instance, cet évènement, postérieur à la demande, ne serait d'aucune considération; et l'incapable ne pourrait, sous ce prétexte, être dispensé de rembourser ce qui avait réellement tourné à son profit, au moment où il a intenté son action en nullité ou en rescision. Les jugements étant simplement déclaratifs rétroagissent, en effet, au jour de la demande.

9. Lorsque le mineur, l'interdit et la femme mariée se sont fait restituer, en ces qualités, contre un contrat aléatoire, ils ne doivent également rembourser sur ce qu'ils ont reçu en conséquence de leurs engagements, que ce qui est prouvé avoir réellement tourné à leur profit. Ont-ils, par exemple, pris ou donné quelque chose en rente viagère? Après l'annulation ou la rescision du contrat, ils n'auront à restituer sur le capital ou les arrérages par eux perçus, que ce dont ils se seront enrichis. Et peu importe qu'ils forment leur demande avant ou après l'évènement qui devait, dans les prévisions de l'acte, mettre fin à la rente viagère.

Mais il est certains contrats aléatoires où l'incapable ne reçoit absolument rien autre chose que la prestation de certains risques dans l'éventualité prévue. Tel est le cas où il s'est fait assurer moyennant une somme déterminée, une fois payée ou annuelle, contre les périls de la grêle, des épizooties ou de l'incendie. Lorsqu'il aura fait prononcer l'annulation ou la rescision de ce contrat d'assurance, n'ayant rien reçu, puisque les risques sont supposés ne pas s'être réalisés, il ne devra

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 468. — DURANTON, T. 12, n° 45. — *Contrà*, ZACHARIÆ, T. 2, pag. 359, n° 11. — TOULLIER, T. 7, n° 14.

rien rembourser du tout. Il est vrai qu'en cas de sinistre, il eût pu, suivant son intérêt, ne pas demander sa restitution, et poursuivre, au contraire, l'exécution de l'assurance. Quelque exorbitant que ce privilége puisse paraître, au point de vue de l'équité naturelle, il n'est que la conséquence incontestable du caractère purement relatif de l'action en nullité ou en rescision, dont l'incapable est seul admis à se prévaloir. Son adversaire ne peut imputer qu'à son imprévoyance d'avoir contracté avec une personne qui pouvait, à son choix, suivant son intérêt, faire annuler et rescinder, ou bien exécuter le contrat.

10. Si la chose reçue par l'incapable existait en nature, en tout ou partie, l'autre contractant aurait le droit de la revendiquer (1926). Si l'incapable avait, par rapport à cette chose, quelques droits ou action en indemnité, il devrait également les lui céder. Autrement il s'enrichirait aux dépens d'autrui.

11. Bien que l'incapable ne doive rembourser que ce qui a tourné à son profit, il est cependant tenu de faire compte de la perte, détérioration ou dégradation de la chose par lui reçue, lorsqu'elles résultent, non de sa simple négligence et de sa mauvaise gestion, mais de son fait exprès, de sa mauvaise foi, de sa malice. C'est alors un véritable délit ou quasi-délit, produisant des obligations contre lesquelles il n'est pas restituable. La restitution, dans ce cas, ne se fait point à titre de profit fait, mais à titre de dommages et intérêts (1).

12. L'article 1312 nous semble devoir être également appliqué à ceux qui, sans être en état d'interdiction, sont en état de démence. Il y a, dans ce cas, mêmes raisons de décider qu'ils ne doivent rembourser, sur ce qu'ils ont reçu en conséquence de leurs engagements, que ce qui est prouvé avoir tourné à leur profit, lorsque, à raison de leur état de démence, le contrat a été annulé. Mais comme ils n'étaient point frappés d'interdiction, nous croyons que la partie qui a con-

(1) Voy. 1306, n° 4.

tracté avec eux serait fondée à exiger le remboursement intégral de ce qu'elle leur aurait payé, indépendamment de l'emploi qu'ils en auraient pu faire, du moins lorsque, de bonne foi, elle aurait contracté dans l'ignorance de leur incapacité naturelle. Elle ne pouvait, en effet, exiger dans ce cas la justification d'une capacité sur laquelle aucun soupçon ne devait s'élever. Si donc le remboursement de ce qu'ils ont reçu nous semble ne devoir être exigé que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à leur profit, c'est uniquement dans le cas où celui qui a contracté avec eux l'a fait de mauvaise foi, avec connaissance de leur état de démence, et a conséquemment à s'imputer la même imprudence que s'il avait contracté avec un mineur, un interdit où une femme mariée.

13. De ce que l'incapable est tenu de rembourser tout ce dont il a profité, il en résulte que son action en nullité ou en rescision, à supposer qu'il l'intente, pourra être repoussée par une fin de non recevoir tirée de son défaut d'intérêt. Tel sera le cas d'un emprunt qui aura tourné tout entier à son profit. Si, en effet, le prêteur doit, d'un côté, lui donner quittance de la somme prêtée, pour cause de nullité du prêt, l'incapable doit, d'un autre côté, lui rembourser cette même somme à titre de profit réalisé. Ainsi, sauf la différence de causes, les obligations de l'incapable restent les mêmes (1).

Mais il faut que les obligations à titre de remboursement soient identiquement les mêmes que les obligations à titre de prêt : autrement, l'action en nullité aurait encore son intérêt. Ainsi, un mineur emprunte à cinq pour cent d'intérêts et avec hypothèque, une somme de mille francs. Il paye les intérêts à partir du prêt, et ce n'est que plus tard que la somme empruntée tourne à son profit. Il a intérêt à se faire restituer contre son emprunt, soit à raison de l'hypothèque qu'il a donnée, soit parce qu'il gagne à la nullité du contrat le montant des intérêts dont il n'a point profité, et qu'il devrait

(1) Cass., 24 janv. 1855. SIREY, 56, 1, 56.

payer s'il était encore considéré comme emprunteur, sans préjudice, toutefois, des intérêts et de l'hypothèque judiciaires qui seront attachés au remboursement dont il est tenu.

14. Nous avons supposé jusque-là un incapable en présence d'une partie capable. Mettons en présence l'un de l'autre deux incapables. Par exemple, deux mineurs font entre eux un échange. Comme l'action en nullité ou en rescision est indépendante de la capacité de la personne contre laquelle on la poursuit; qu'elle est, au contraire, uniquement dépendante de l'incapacité de la personne qui l'intente, nul doute que chaque mineur ne puisse la poursuivre contre l'autre. Et chacun restitue ce dont il a profité, absolument comme s'il s'agissait de restituer à un contractant capable.

Par exemple encore, un mineur vend à un autre mineur des objets mobiliers. Le vendeur a consommé le prix inutilement : il reprend sa chose et ne rend rien. Si, de même, l'acheteur a dissipé les choses par lui acquises, il n'aura non plus rien à rembourser. Un mineur emprunte d'un autre mineur une somme qu'il dissipe en de folles dépenses; il se fait restituer contre son engagement, et ne rembourse rien.

C'est que, en effet, du moment qu'il s'agit de restituer un incapable, on le restitue sans faire attention à la qualité de son adversaire. Aussi, lorsque les deux incapables se sont tous les deux placés dans les liens d'un engagement réciproque, étant l'un et l'autre également restituables, ils obtiennent tour à tour une restitution isolée, et abstraction faite de celle que l'autre obtient de son côté. Et si un seul a contracté un engagement, comme en matière de prêt, il est seul restituable. Mais jamais aucun d'eux n'est tenu de rembourser à l'autre au-delà de ce qui a tourné à son profit. C'est ce que disent les lois romaines; celui-là a la meilleure cause, qui a dissipé ou perdu ce qu'il a reçu, *melior est causa ejus qui accepit, dilapidavit, vel perdidit* (1), ou qui l'a consommé, à moins qu'il

(1) L. 11, § 6, *ff. De minor.*

ne s'en trouve enrichi, *melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur* (1).

15. Si le remboursement de ce qui a été reçu par un incapable ne peut être exigé que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son profit, ce n'est pas une raison pour que l'incapable ne soit point responsable des pertes et dégradations arrivées par sa faute et sa négligence simples, non plus de ce qu'il a reçu, mais de ce qu'il a promis et n'a pas encore payé. Un mineur, un interdit ou une femme mariée me vendent une maison. La maison ne m'a pas encore été livrée qu'elle périt ou est dégradée par la faute du vendeur. Tout incapable qu'il est, il en sera responsable vis-à-vis de moi, en ce sens que je pourrai demander moi-même la résolution du contrat et me dispenser de payer le prix. Car ce n'est pas moi qui l'ai mis volontairement à même d'abuser de la chose, puisque, en l'absence de tout contrat, il en aurait également la possession.

Mais si la perte ou la dégradation de la chose était arrivée par son dol, par sa malice, j'aurais contre lui une action en dommages et intérêts, à moins qu'il ne formât lui-même une action en nullité. Car, dans ce cas, il rend, par l'exercice légitime de ses droits, la perte de la chose absolument indifférente pour moi, acquéreur.

Quant au prix que j'aurai pu lui payer avant la délivrance de la chose, il est entendu qu'il ne doit me le rembourser que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son profit. Car il l'a reçu et a été mis à même de le dissiper en conséquence de l'engagement.

16. L'article 1312 est spécial aux contrats et ne s'applique point aux engagements qui résultent de la loi, ni à ceux qui proviennent des quasi-contrats. Les femmes mariées, les mineurs, les interdits peuvent être choisis pour mandataires;

(1) L. 34, *ibid.* — Toullier, t. 7, n° 591. — Merlin, Rép., v° *Mineur*, § 9.

mais le mandant n'a d'action contre eux que d'après les règles générales relatives à leurs obligations (1990); c'est-à-dire jusqu'à concurrence seulement de ce dont ils ont profité. Au contraire, dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, le maître a droit à une indemnité complète contre l'incapable, parce qu'alors on ne peut lui reprocher aucune convention qui rende son préjudice volontaire. L'incapable, *negotiorum gestor*, contracte en cette qualité des obligations aussi étendues qu'une personne capable (1). A défaut d'une indemnité complète, sa gestion serait un quasi-délit produisant, à ce titre subsidiaire, des obligations contre lesquelles il n'est pas restituable.

Quant au quasi-contrat résultant du payement fait sans cause, comme celui qui a payé entre les mains d'un incapable est allé lui-même imprudemment au-devant de cet incapable, il ne peut le contraindre à rembourser que ce qui a tourné à son profit (1241), et peu importe que la réception ait eu lieu de bonne ou de mauvaise foi.

Si c'était l'incapable qui eût payé lui-même sans cause, il pourrait répéter la chose par lui indûment payée. Il aurait même un droit de répétition beaucoup plus large que le majeur qui aurait payé sans cause. En effet, celui qui a reçu d'un incapable, alors même qu'il a reçu de bonne foi, se croyant réellement créancier, n'en a pas moins commis une grave imprudence. Car il devait s'assurer de la capacité de son prétendu débiteur, laquelle est nécessaire pour la validité du payement (1238). L'incapable reprend donc sa chose, tout comme il la reprendrait après l'annulation d'un contrat, puisque, de la part de celui qui l'a reçue, il y a un fait volontaire et spontané de réception. Voilà pourquoi le droit de répétition de l'indû est plus large en faveur de l'incapable.

Ainsi, celui qui doit restituer n'est pas tenu seulement, *quatenus locupletior factus est*, à moins qu'il ne soit incapable lui-même; il ne fait pas les fruits siens; il ne peut opposer la

(1) Domat, *Lois civiles*, liv. 2, tit. 4, sect. 1, n° 10. — Toullier, t. 11, n°s 39 et 40. — Voy. 1374, n° 9.

suppression de son titre pour se dispenser de rendre (1377), ni l'exception de bonne foi pour ne restituer que le prix (1380), ou ne pas tenir compte des dégradations commises ou des détériorations survenues, faute de soins (1379) et sans mauvaise foi positive de sa part. Son imprudence à recevoir étant la même qu'à contracter, doit produire les mêmes effets à l'égard de l'incapable.

Cette imprudence n'équivaut cependant pas à mauvaise foi. Il peut être d'ailleurs de bonne foi, et la loi en admet la possibilité, en supposant (1238) un payement reçu d'un incapable réellement débiteur de très bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance qu'il fût incapable. Par cela seul qu'il a reçu imprudemment, mais de bonne foi, il ne doit donc pas les intérêts des sommes qui lui ont été payées sans cause, parce que naturellement elles sont infécondes et improductives. Il ne les devra que tout autant qu'il les aura reçues positivement de mauvaise foi (1378), en connaissance de la non-existence de la dette et de l'état de l'incapable.

Mais, dans le cas même où le payement a été fait par un incapable d'une somme d'argent ou de choses qui se consomment par l'usage, elles pourront être répétées contre le prétendu créancier qui les a reçues et consommées de bonne foi, quoiqu'il ait, en conséquence, supprimé son titre, sans que celui qui a payé soit réduit à n'exercer qu'un simple recours contre le véritable débiteur. Si le payement est validé par l'article 1238, à raison de la bonne foi de celui qui l'a reçu et consommé ; s'il doit alors produire les mêmes effets que s'il était émané d'une personne capable, ce n'est que dans l'hypothèse où celui qui l'a fait irrégulièrement, à cause de son incapacité, était néanmoins réellement débiteur. Or, nous supposons ici que l'incapable a payé sans cause et par erreur. L'article 1238 est donc inapplicable, et le droit de répétition existe dans son intégrité.

ARTICLE 1313.

Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le présent Code.

Sommaire.

1. Observation. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1. L'action en rescision pour lésion est relative, tantôt à certaines personnes pour toute espèce de conventions, tantôt à certains contrats spécialement en faveur de toutes personnes. Considérée comme un droit ouvert en faveur de certaines personnes, elle est un privilége personnel. C'est à ce point de vue que nous l'avons examinée dans les articles qui précèdent. Quant à son appréciation comme moyen accordé à toutes personnes pour se faire restituer contre certains actes particuliers, tels que les ventes d'immeubles et les partages, nous n'avons pas à nous en occuper ici.

Nous renvoyons, au surplus, à notre commentaire de l'article 1118.

ARTICLE 1314.

Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité ou avant l'interdiction.

Sommaire.

1. Ancienne jurisprudence. Code Napoléon.
2. Partage de société, de communauté.
3. Acceptation de donation.
4. Les mineurs sont réputés majeurs, quand les formes spéciales ont été remplies.
5. Emprunts, hypothèques.
6. Acceptation et répudiation de succession.

7. Acquiescement à une demande immobilière.
8. Transaction.
9. Le mineur a la voie de la requête civile.

COMMENTAIRE.

1. Notre ancienne jurisprudence ne laissait pas d'admettre l'action en rescision pour lésion, alors même que toutes les formalités requises dans l'intérêt des mineurs avaient été accomplies. « Vainement, disait Henrys (1), on aura observé les formalités, avis de parents, rapports d'experts, décrets de magistrats, tout cela n'empêchera pas que le mineur ne puisse rentrer dans son bien, s'il se trouve quelque lésion. »

Mais si le mineur pouvait encore faire rescinder la vente ou le partage, il devait, du moins, rembourser au préalable tout ce qu'il avait reçu, et même les frais et loyaux coûts du contrat. S'il s'agissait d'un emprunt ou d'une vente, il devait rembourser le prix intégral, soit qu'il eût reçu ou non un emploi utile, sauf son recours contre son tuteur (2). « Autrement, disait Valin, l'autorité de la justice ne serait d'aucun secours, dans ces occasions, aux acquéreurs et aux prêteurs (3). » Voilà donc tout ce que l'acquéreur ou le prêteur gagnait à l'accomplissement des formalités. Il n'échappait pas à la rescision, mais il en sortait indemne. Alors, au contraire, que les formes n'avaient pas été observées, le mineur n'était tenu de rembourser que ce qui avait tourné à son profit.

Mais sous le Code Napoléon, lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour aliénations d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité ou avant l'interdiction (1314). Les avantages de cette innovation sont incontestables. Elle est un véritable bienfait, non seulement envers les tiers, mais encore

(1) Voy. Bretonnier, sur Henrys, t. 1, liv. 4, *Quest.* 22.
(2) Valin, *La Rochelle*, art. 24, nos 172, 173 et 188. — Rousseaud de Lacombe, v° *Restitution*, n° 3.
(3) Valin, *ibid*, n° 188.

envers les mineurs eux-mêmes, au préjudice desquels les précautions de la loi tournaient par leur exagération même, du moment que, à défaut de sécurité, on osait à peine contracter avec eux.

2. La loi, dans l'article 1314, ne s'occupe que des aliénations d'immeubles et des partages de succession (466, 840). Quant aux partages de communauté ou de société, qui sont soumis aux mêmes formes, placés expressément sur la même ligne (1476, 1872), ils sont également inattaquables par la voie de rescision de la part des mineurs, en cette qualité, lorsque toutes les formalités requises ont été observées.

3. La donation faite au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Elle aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur. Telles sont les dispositions de l'article 463.

4. Mais que faut-il décider relativement aux autres actes soumis à des formalités spéciales, lorsque la loi n'a pas pris elle-même soin de déclarer que l'accomplissement de ces formalités devait les faire considérer comme faits en majorité, en état de pleine capacité? Le silence de la loi, à cet égard, veut-il dire que l'action en rescision pour lésion, en qualité d'incapables, est réservée aux mineurs? Nous ne le croyons point, et posons tout d'abord en principe qu'alors même que la loi ne s'en est pas expliquée, il suffit que les formes spécialement requises ait été observées, pour que les actes faits par le tuteur, ou par le mineur, émancipé ou non, assisté de son tuteur ou curateur, soient aussi inattaquables que les actes passés par une personne jouissant de l'exercice complet de ses droits civils. Ils ne peuvent être attaqués par voie de rescision ou de nullité, que dans les cas où un majeur pourrait les attaquer lui-même (1).

Le silence de la loi suffit pour l'établir. D'une part, en effet, les mineurs ne peuvent se faire restituer, pour cause d'incа-

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 430.

pacité, que dans les cas prévus par la loi (1125); et, d'autre part, le législateur ne s'est point occupé de la rescision ou de la nullité des actes soumis à des formes spéciales, lorsque ces formes avaient été accomplies. En exigeant leur observation, le but de la loi a été de prémunir les mineurs contre toute espèce de lésion. Comment ouvrirait-elle donc en leur faveur une action en rescision dont la cause est censée manquer? Il ne peut s'agir d'ailleurs de nullité, puisque leur personne a été parfaitement habilitée. Si, enfin, le législateur a cru devoir s'expliquer quant aux aliénations d'immeubles et aux partages, ce n'était sans doute que pour couper court aux traditions de notre jurisprudence, et donner à la propriété elle-même la conscience de la sécurité que la législation nouvelle lui offrait. Mais l'article 1314, révélant la pensée et le but de la loi, nous autorise à appliquer ses dispositions aux autres actes dont le législateur n'a point parlé, même à plus forte raison parce qu'ils sont d'une moindre importance.

5. Ainsi, bien que l'article 1314 ne parle que des aliénations d'immeubles, il nous paraît évident que ses dispositions s'appliquent également aux emprunts contractés, ou aux hypothèques concédées par le tuteur pour le mineur, avec l'accomplissement de toutes les formalités requises, auxquelles l'article 457 les assujettit indistinctement, de même que les aliénations d'immeubles.

6. Le tuteur ne peut accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation du conseil de famille; l'acceptation n'a lieu que sous bénéfice d'inventaire (361). Dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur n'aura pas été acceptée par un autre, elle pourra être reprise, soit par le tuteur, autorisé à cet effet par une nouvelle délibération du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise, et sans pouvoir attaquer les ventes et autres actes qui auraient été légalement faits durant la vacance (462). En ceci le mineur est assimilé au majeur (790).

Malgré son acceptation bénéficiaire, le mineur peut, néanmoins, éprouver une lésion, soit parce qn'il est obligé de faire des rapports, soit parce qu'il a intérêt à éviter les frais et les embarras d'un procès, *cum intersit litibus et sumptibus non vexari* (1). Il ne pourra se faire restitner contre son acceptation que dans les cas où le majeur pourrait être lui-même restitué, par exemple, en cas que son acceptation eût été la suite d'un dol pratiqué envers lui. Si, en effet, l'article 783 ne parle qne dn majeur, ce n'est point exclure le mineur du droit de se faire relever de son acceptation. L'accomplissement des formes spécialement prescrites pour la validité de son acceptation le faisant considérer comme majeur, il se trouve ainsi compris dans les dispositions textuelles de l'article 783. Quant à la forme restrictive dans laquelle cet article est conçu, le majeur ne peut.., et qui sous-entend une différeuce entre le majeur et le mineur, il nous suffira de faire remarquer qu'il existera toujours entre eux cette importante différence, que le mineur, s'il a accepté seul et sans les formalités prescrites, pourra se faire restituer contre son acceptation, par voie de nullité, sans avoir besoin même d'établir une lésion quelconque.

Cependant, un arrêt de la Cour suprême (2), au moins par ses motifs, décide que nonobstant l'observation de toutes les formes requises pour la validité de son acceptation, le mineur peut, à la différenee du majeur, se faire restituer pour cause de simple lésion. Nous remarquons d'abord que dans l'espèce il s'agissait uniquement de savoir si l'article 783 ne parlant que d'un majeur, était applicable au mineur qui avait accepté la succession ouverte par suite d'un dol pratiqué envers lui. La Cour de cassation, après avoir décidé l'affirmative, ajoute que le mineur peut même se faire restituer ponr simple lésion, et à plus forte raison s'il y a dol. Par son caractère superfétatoire, ce motif, inutile ponr la décision, perd certainement

(1) L. 6, *ff. De minor.*

(2) 5 déc. 1838. SIREY, 38, 1, 945. — Voy. TOULLIER, T. 4, nº 335

une grande partie de son autorité. D'ailleurs il est fondé sur une fausse interprétation de l'article 1305, en ce qu'il suppose que cet article s'applique même aux actes pour lesquels la loi a prescrit l'observation de certaines formalités spéciales. Or, c'est là une erreur que nous avons établie dans le commentaire de cet article.

7. Le tuteur ne peut acquiescer à une demande relative aux droits immobiliers de son pupille, sans une autorisation du conseil de famille (464). Donc il peut valablement acquiescer avec cette autorisation. Cet argument, *a contrario*, la loi le fait elle-même dans l'article 467.

8. Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur impérial près le tribunal de première instance. La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur impérial (467). Donc elle sera valable si ces formes ont été accomplies, sans qu'elle puisse être attaquée par voie de rescision, la loi, par son silence, n'ouvrant pas plus cette action que l'action en nullité.

9. Quoi qu'il en soit, il ne laisse pas de subsister une différence importante entre le majeur et le mineur, en ce qui concerne les actes de juridiction civile contentieuse. Le mineur, quoique dûment représenté dans l'instance, peut encore se pourvoir par requête civile, s'il n'a été valablement défendu, c'est-à-dire d'après l'exposé même des motifs de la loi, si les principales raisons de fait et de droit ont été omises, à sa condamnation (1). C'est que, en effet, ses intérêts peuvent encore être compromis, malgré l'accomplissement de toutes les formalités, par la négligence, l'erreur, l'ignorance ou l'incurie des personnes qui doivent y veiller.

(1) Art. 481, 482, C. pr.

CHAPITRE VI.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAYEMENT.

Article 1315.

Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. — Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Sommaire.

1. La théorie de la preuve se rattache aux principes de la philosophie.
2. Les moyens de preuve ne sont quo des éléments de certitude.
3. Acceptions diverses du mot preuve.
4. Dispositions de l'article 1315.
5. Leur principe.
6. Le defendeur n'a qu'à nier.
7. L'article 1315 doit être généralisé.
8. Exemples.
9. Ce qne comprend la charge de la preuve.
10. Qui doit prouver que lo titre ancien n'est pas prescrit? Distinction.
11. Suite. Caractère de la possession.
12. Suite; quand le titre est opposé à un tiers.
13. Suite; quand lo titre établit une simple créance.
14. Celui qui réclame une servitude doit la prouver, même quand il a pour lui un jugement possessoire.
15. Suite.
16. Quant à la charge de la preuve, il n'y a pas à distinguer entre les faits positifs et les faits négatifs.
17. Les questions de fait sont seules susceptibles de preuve.
18. Il faut quo les faits soient relevants.
19. Faute de preuve, le demandeur succombe.
20. Rôle du défendeur. Communication des pièces.
21. Réservo do la preuve contraire pour le défendeur.
22. Des enquêtes d'examen à futur.

COMMENTAIRE.

1. La théorie de la preuve se rattache aux principes les plus élevés de la philosophie. Elle résume, en quelque sorte, les moyens de percevoir, de connaître et de juger dont l'homme a été doué. A ce titre, elle repose sur les mêmes fondements que l'ensemble des connaissances humaines.

Il n'appartient pas à la jurisprudence de remonter à ces grands principes. Elle les accepte comme constants, sans les discuter ni les débattre; et, les accommodant aux nécessités du droit pratique, qui est la règle des hommes en société, elle se borne à indiquer aux juges les moyens qui lui semblent propres à établir une certitude suffisante.

Nous verrons même que, quand la philosophie accepte tous moyens de connaître, sans distinction et toujours, la jurisprudence, au contraire, fait entre eux un discernement, et n'en accepte que quelques-uns, en répudiant les autres. C'est que, dans la recherche de la vérité, qui est également son objet et son but, ces derniers lui ont semblé, soit par eux-mêmes, soit à raison des circonstances, pleins d'inconvénients et de dangers, et qu'ils lui ont paru même offrir de plus grands risques de mensonge et d'erreur.

Telle est, en effet, la vertu propre de la loi, de ne rien laisser à l'arbitraire, et de faire encore sentir au juge le frein de la règle, alors même qu'elle lui abandonne, en certains cas, un pouvoir d'appréciation souverain et discrétionnaire. Aussi cesse-t-il, en sa qualité de juge soumis à une règle supérieure, d'exercer, dans toute leur plénitude, la liberté et la spontanéité naturelles à l'esprit humain, et est-il malgré lui obligé, quelle que soit la lutte intérieure de sa conscience, de se faire une conviction sur les éléments que la loi lui impose comme moyens juridiques de preuve. Sa mission consiste alors à rechercher si le fait auquel sont attachés le caractère et la force de preuve, est judiciairement établi, plutôt qu'à reconnaître si, philosophiquement, il constitue une preuve suffisante.

2. Quels que soient les moyens de preuve admis par la loi,

ils ne sont jamais considérés par elle que comme éléments de certitude; et cette certitude qu'elle exige n'est point elle-même ce qu'on appelle la certitude mathématique, où la vérité est d'évidence ou de raisonnement. Elle est seulement la certitude morale, où la vérité s'établit et se démontre à l'aide de moyens qui, sans avoir aucun caractère d'infaillibilité, sont cependant de nature, d'après les lumières du bon sens et de la raison, à produire, dans l'esprit de toute personne raisonnable, une vive et profonde conviction.

Mais cette certitude morale, en passant dans le domaine de la jurisprudence, reçoit elle-même de la loi un caractère particulier. Comme elle est subordonnée à certains éléments de preuve que la loi précise, elle devient ce que nous appelons la certitude légale. Cette certitude, particulière au juge, peut exister ainsi parallèlement avec la certitude contraire, qu'il ne lui est pas interdit d'avoir personnellement comme homme privé. De là viennent ces locutions usuelles : je suis convaincu comme homme, je ne le suis pas comme magistrat, et réciproquement; ce qui veut dire : je suis obligé, comme juge, d'admettre les seuls moyens de preuve indiqués par la loi; je ne puis former ma conviction sur des éléments qu'elle déclare irréguliers ou insuffisants.

A ce point de vue restreint, la preuve légale s'entend des moyens de preuve dont la loi précise elle-même les éléments, la nature, les caractères, en même temps qu'elle détermine la foi qui leur est due, pour commander la conviction du juge.

3. Dans son sens le plus général, le mot preuve, exprime la démonstration de l'exactitude d'une proposition quelconque. Appliqué aux faits qu'il s'agit d'établir en justice, il signifie la justification de la vérité des allégations produites par l'une ou l'autre des parties, à l'aide des éléments de conviction autorisés par la loi.

Prise dans son sens judiciaire, cette expression de preuve a plusieurs acceptions différentes.

Ainsi, elle signifie, quant à l'obligation même de prouver,

la production des éléments de conviction à l'aide desquels la partie qui fait une allégation est tenue d'en établir la vérité.

Elle désigne encore l'ensemble de ces éléments considérés en eux-mêmes, et comme moyens de produire une certitude légale suffisante.

Enfin, elle signifie, quant à la conviction même du juge, le résultat de ces divers éléments produits en justice.

Dans ce dernier sens, on dit que la preuve est faite ou non, qu'elle est complète ou incomplète, pertinente ou impertinente, concluante ou non concluante.

Dans le second sens, on dit qu'une partie a ou non la preuve de son allégation; que la preuve qu'elle invoque est, suivant son espèce, admissible ou inadmissible.

4. On dit enfin, dans le premier sens, comme l'article 1315, que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, et que, réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Cette disposition n'est que la traduction de l'ancienne maxime: *Onus probanti incumbit actori, semper necessitas probandi illi qui agit;* la charge de la preuve incombe au demandeur; toujours celui qui demande est dans la nécessité de prouver (1).

Au contraire, le défendeur n'a rien à prouver. Sa position, comme tel, suffit seule pour le protéger contre l'action dont il est l'objet. Mais il devient demandeur dans l'exception qu'il propose, *excipiendo reus fit actor; reus in exceptione actor est* (2). On dit avec raison que, dans ses exceptions, il doit jouer le rôle de demandeur; *in exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere* (3).

5. Ces maximes, relatives à la charge de la preuve, sont les conséquences de la condition même de l'homme en société.

(1) L. 21, *ff. De probat.*
(2) L. 1, *ff. De exception.*
(3) L. 19, *ff. De probat.*

Si, en effet, les hommes sont tenus entre eux, par la fraternité et la justice, à des devoirs communs et généraux, ces devoirs, quelque étendue qu'on leur assigne, ne sauraient constituer que des devoirs imparfaits, et nullement, en droit, des obligations proprement dites. Ils se résument dans ce double principe de la charité sociale : ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas que l'on vous fît; faites pour autrui ce que vous voudriez que l'on fît pour vous-même. Mais il n'en résulte aucun droit formel, aucun devoir parfait, dans le sens des droits et des obligations juridiques. L'indépendance naturelle de l'individu vis-à-vis de ses semblables établit par elle-même, en sa faveur, une présomption élémentaire de libération, par rapport à l'existence d'obligations de cette nature. Lors donc que je prétends que vous êtes juridiquement obligé envers moi, je dois en rapporter la preuve.

Remarquons, en effet, que toute demande par laquelle on réclame l'exécution d'une obligation prétendue, tend à enlever à la partie contre laquelle elle est dirigée les avantages de sa situation actuelle. Or, de quel droit la loi imposerait-elle à cette dernière, sous peine d'en être privée, l'obligation d'en établir tout d'abord la légitimité? De quel droit surtout, en l'absence de toute preuve de la part du demandeur, adjugerait-elle à celui-ci sa réclamation? Mais alors, s'il suffisait qu'une demande fût produite pour être réputée fondée, la société serait en proie au désordre, à l'anarchie. La justice ne serait plus qu'un instrument odieux de spoliation. Vainement la loi aurait réservé au défendeur le droit de prouver la légitimité de sa position; outre l'abus intolérable d'une inquisition illimitée, les droits les mieux fondés, les plus anciennement établis, ces derniers surtout, seraient le plus souvent exposés à périr par l'impossibilité de prouver directement l'injustice des prétentions du demandeur.

Si, d'autre part, celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qu'il allègue comme ayant produit l'extinction de son obligation, ce principe est fondé sur des raisons non moins puissantes. En effet, si le défendeur oppose l'excep-

tion après que le demandeur a prouvé sa demande, il élève une prétention contradictoire dont il doit fournir la preuve. A-t-il, au contraire, proposé son exception, sans même exiger que le demandeur établisse la légitimité de sa demande, et en en l'acceptant au moins provisoirement et hypothétiquement comme prouvée, il doit de même prouver l'existence du fait sur lequel il fonde son exception. Que pourrait-on alors exiger de plus du demandeur, puisque son droit est prouvé, ou admis comme tel par le défendeur?

6. Du double principe posé par l'article 1315 il résulte que celui qui entend repousser une action ou une exception, n'a qu'à se borner à nier le fait sur lequel celui qui l'intente ou propose prétend l'établir. Sa simple dénégation suffit pour rejeter sur son adversaire la charge de la preuve; mais cette preuve, une fois faite, rejette sur lui-même le fardeau de la preuve contraire. Ainsi, la maxime, que celui qui nie n'a rien à prouver (1), doit s'entendre en ce sens qu'il suffit, tant que le fondement de l'action ou de l'exception n'est pas prouvé, d'opposer une simple dénégation.

7. Avant d'aller plus loin, nous devons signaler une inexactitude dans l'intitulé de notre chapitre. Il est ainsi rédigé : De la preuve des obligations et de celle du payement. Cette énonciation est inexacte et incomplète. Nous n'en voulons d'autre preuve que l'article 1315 lui-même, qui ne s'occupe pas seulement du payement, mais de tout autre fait qui produit l'extinction de l'obligation, tel que la compensation, la confusion, la prescription, la perte de la chose due, l'accomplissement de la condition résolutoire.

Nous devons enfin généraliser le principe posé dans l'article 1315. Il n'est pas vrai, seulement en matière d'obligations proprement dites, que celui qui en réclame l'exécution doit en prouver l'existence. Ce principe s'applique également à toute demande, soit qu'elle ait pour objet l'exécution d'une obliga-

(1) L. 2, *ff. De probat.* — L. 23, C. *De probat.*

tion, ou la reconnaissance de tout autre droit, tel qu'un droit de propriété, de servitude. Aussi, convient-il de dire, en termes généraux, que tout demandeur qui forme une action en justice doit en prouver le fondement.

Nous faisons, en ce qui concerne le défendeur, une observation analogue, et qui n'est que le corollaire de celle qui précède. Soit qu'il s'agisse de l'exécution d'une obligation ou de la reconnaissance de tout autre droit, il est tenu de prouver l'existence des faits sur lesquels il foude son exception.

8. Tout ceci s'expliquera mieux par quelques exemples. Je vous demande le payement d'une somme de mille francs. En ma qualité de demandeur, je dois prouver ma demande par l'un des moyens de preuve autorisés par la loi. Jusque-là, il vous a suffi de dénier. Mais si, cette preuve étant par moi administrée, vous vous prétendez libéré et invoquez une exception quelconque, c'est là, de votre part, une prétention dont vous devez établir la légitimité. Ainsi, vous êtes tenu de prouver, par exemple, votre exception de payement, de confusion, de compensation, de nullité ou de rescision de votre engagement.

Intriguons un peu plus l'hypothèse : vous opposez à ma demande qu'elle est prescrite; pour l'établir, il vous suffit de montrer que le temps nécessaire pour la prescription s'est écoulé. Je réplique, par voie d'exception à votre exception, que la prescription a été interrompue par un commandement régulier, et je le prouve par la production de l'acte. Vous répondez, et c'est votre seconde et dernière exception, que cet acte est faux; vous devez l'établir. Je puis enfin opposer que la sincérité de cette pièce a été reconnue par jugement passé en force de chose jugée.

Vous opposez à ma demande la perte de la chose due, arrivée par cas fortuit; vous êtes tenu de prouver le cas fortuit allégué. Je réponds qu'alors vous étiez en demeure; vous répliquez que la chose fût également périe chez moi, si elle eût été livrée. Je vous ferme la bouche en prouvant qu'en tout cas vous étiez chargé des cas fortuits.

On voit comment à chaque phase de la contestation nous retrouvons l'application de notre double principe; comment la preuve de la demande ou de l'exception est tour à tour mise à la charge de la partie qui l'intente ou l'oppose. On voit enfin que, soit qu'il s'agisse de l'action ou de l'exception, c'est toujours à celui qui affirme, et non à celui qui nie, qu'incombe la charge de prouver (1).

Ce n'est pas que la position des parties engagées dans la contestation y soit toujours aussi nettement dessinée. Mais l'analyse du débat y montre constamment un rôle semblable successivement joué par chacune d'elles. Tout débat judiciaire aboutit, en effet, à une affirmation d'un côté, à une dénégation de l'autre. C'est là le signe caractéristique auquel le juge doit s'attacher pour départir à l'une ou à l'autre des parties la charge de la preuve; car c'est lui qui marque la distribution des rôles, et permet de reconnaître le demandeur et le défendeur.

9. La partie qui, en sa qualité de demanderesse, est tenue de prouver la légitimité de ses prétentions, doit établir toutes les circonstances de fait qui servent de fondement au droit qu'elle réclame. Elle doit ensuite les établir par l'un des moyens de preuve autorisés par la loi. Mais là se bornent ses obligations. Ainsi, elle n'est pas tenue de prouver qu'il n'existe en faveur du défendeur aucune exception de nature à emporter restriction, modification, extinction ou déchéance de son droit prétendu.

De son côté, le défendeur doit établir son exception de la même manière que le demandeur son action, sans qu'il soit obligé de prouver qu'il n'existe d'ailleurs aucune cause, aucune circonstance qui en écarte l'application, ou en paralyse les effets (2).

Dans le conflit des moyens de défense respectivement invoqués, il n'est pas toujours facile de saisir avec netteté l'ap-

(1) L. 2, *ff. De probat.* — L. 23, C. *De probat.*

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 586.

plication exacte de ce principe à l'une et à l'autre situation de demandeur et de défendeur. Dans la discussion qui manifeste et développe le débat, chaque partie va le plus souvent au-devant de son adversaire, soit qu'elle affirme, soit qu'elle nie, et, dépassapt ainsi ses obligations strictes, quant à la charge de la preuve, sans toutefois prouver plus qu'elle ne doit, elle s'applique à combattre et contredire d'avance la preuve contraire, ou l'exception qui doit être proposée contre elle. Par exemple, le demandeur, en même temps qu'il prouve la légitimité de ses prétentions par la production de son titre, s'empresse d'établir, bien qu'il n'ait qu'à attendre que l'exception soit proposée, que la prescription a été interrompue, ou que l'action en nullité ou en rescision a été couverte par un acte de confirmation ou de ratification.

De même, le défendeur qui propose une exception, par exemple, la prescription, prévient toute allégation d'interruption ou de suspension de la part de son adversaire, en commençant par établir, en même temps qu'il l'invoque, qu'elle n'a été ni suspendue, ni interrompue.

Mais si la pratique couvre quelquefois d'un peu de confusion les véritables principes, ils n'en restent pas moins dans toute leur force et vérité; et c'est au jurisconsulte et au juge à les y rechercher au moyen d'une judicieuse analyse, et à les rétablir dans tout leur jour.

10. Lorsque, entre la date du titre et le jour où le créancier en poursuit l'exécution, il s'est écoulé un temps snffisant pour la prescription du droit réclamé, est-ce au créancier qui se prévaut de son titre à prouver qu'il n'est pas prescrit, ou bien, au contraire, est-ce au débiteur qui invoque la prescription à prouver qu'elle est accomplie? Cette question se résout au moyen d'une distinction.

Si celui qui invoque et produit un titre ancien est actuellement en possession du droit qu'il réclame, il n'a rien à prouver, ou plutôt sa preuve est toute faite, parce que, au moyen de sa possession actuelle, il est censé posséder depuis que son

titre existe, et avoir également possédé pendant le temps intermédiaire. Son titre se trouve ainsi ravivé par la possession, et c'est à son adversaire à prouver qu'il est prescrit.

Si, au contraire, il n'est pas en possession actuelle du droit réclamé, au moment de l'introduction de sa demande, il est dans la nécessité de prouver que la prescription a été suspendue ou interrompue civilement ou naturellement. Car le défaut de possession actuelle s'oppose à ce qu'on puisse présumer qu'il a possédé dans le temps intermédiaire, et le titre qu'il produit contient, dans l'ancienneté même de sa date, la présomption qu'il est éteint par la prescription. C'est donc à lui à établir le contraire.

Cette distinction a été appliquée au cas d'usage et d'autres servitudes. Ainsi, l'usager qui produit un titre ancien, c'est-à-dire remontant à plus de trente ans, est tenu ou dispensé de prouver que son droit n'est pas prescrit, suivant qu'il n'est pas ou qu'il est en possession actuelle de ce droit, au moment où il a introduit sa demande (1).

De même, en matière de toute autre servitude, celui qui la réclame en vertu d'un titre ancien, doit, lorsque son adversaire prétend qu'elle est éteinte par le non usage durant trente années, prouver qu'il a exercé son droit de manière à en empêcher l'extinction, s'il n'est pas en possession actuelle. Mais s'il possède actuellement, c'est à l'autre partie qui allègue la prescription par le non usage pendant trente ans à en rapporter la preuve (2).

La même distinction s'applique également à l'hypothèse suivante et autres semblables. Je produis un acte de vente que vous m'avez consenti depuis plus de trente ans, et je réclame la délivrance de la chose vendue. Comme je ne suis pas

(1) MERLIN, Quest., v° *Usage*, § 9, n° 3. — PROUDHON, *Droits d'usage*, T. 2, n°s 603 et suiv. — Cass., 6 fév. 1833. SIREY, 33, 1, 161. — 3 avril 1833. SIREY, 33, 1, 579. — 11 juin 1834. SIREY, 34, 1, 613.

(2) PARDESSUS, *Des servitudes*, T. 2, n° 308. — DEMOLOMBE, T. 12, n° 1015. — Cass., 15 fév. 1842. SIREY, 42, 1, 344.

en possession actuelle, il vous suffira d'opposer l'ancienneté de mon titre comme preuve de sa prescription, et ce sera à moi-même qu'incombera la charge de la preuve contraire. Mais si j'étais en possession au moment de ma demande, vous seriez tenu de prouver, autrement que par la simple allégation de l'ancienneté de mon titre, l'existence de la prescription invoquée.

Le demandeur se trouve ainsi astreint à l'une ou à l'autre preuve. Il doit prouver ou sa possession actuelle, ou, à son défaut, la non prescription de son titre.

11. Quand nous parlons ici de possession, nous entendons celle dont le droit réclamé est susceptible. S'agit-il d'une servitude, ce sera la servitude qui devra être actuellement possédée; s'agit-il d'un droit de propriété, ce sera la chose même qui devra l'être. La possession de l'héritage grevé d'une servitude peut, en effet, se concilier parfaitement avec la possession de la servitude, sans que l'une absorbe l'autre. Ces deux possessions peuvent coexister sans s'exclure, et le propriétaire du fonds servant peut très bien se dire en possession de son héritage, quant à la propriété, sans que la partie qui réclame la servitude cesse d'être elle-même en possession actuelle de ce droit, si réellement elle l'exerce.

Quant à la preuve de cette possession actuelle, elle résultera, soit de l'aveu de l'adversaire, soit d'une enquête, soit d'un jugement possessoire, soit du rôle des parties dans l'instance, soit de la nature de la juridiction saisie. L'on conçoit, en effet, que le porteur du titre peut être demandeur, bien qu'il possède actuellement, et que par suite il n'ait aucune preuve à faire à l'appui de son titre combiné avec la possession. L'on comprend encore qu'il peut être défendeur, sans être pour cela dispensé de prouver sa possession intermédiaire, si son adversaire a obtenu contre lui un jugement possessoire. Ce sont donc moins ces qualités de demandeur ou de défendeur que l'on doit considérer dans la forme, que le fait de possession actuelle au moment de l'introduction de la demande.

12. Ce que nous venons de dire est inapplicable, lorsque celui qui se prétend propriétaire fait preuve de son droit de propriété par la production d'un titre remontant même à plus de trente ans, et que son adversaire soutient avoir acquis lui-même la propriété au moyen de la prescription de dix, vingt ou trente ans. C'est à ce dernier, alors même qu'il a pour lui la possession actuelle, à prouver la possession sur laquelle il fonde la prescription qu'il invoque. Le titre produit par le demandeur est, en effet, présenté, non pas comme titre obligatoire et exécutoire à l'égard du défendeur, mais seulement comme justification de sa propriété, quelle qu'en soit la date. Le défendeur ne saurait donc en opposer l'ancienneté, comme preuve de son extinction, puisqu'il s'agit pour lui de la prescription à l'effet d'acquérir, et nullement, comme dans les hypothèses examinées précédemment, de la prescription à l'effet de se libérer.

13. Il est, du reste, de toute évidence que, lorsque le titre constitue une obligation dont l'objet n'est pas susceptible d'une possession civile, c'est au possesseur de ce titre qui en poursuit l'exécution et auquel on oppose la prescription, à prouver que, malgré son ancienneté, il n'est pas prescrit. Le débiteur a, en effet, une preuve de la prescription qu'il allègue, dans le seul rapprochement de la date de l'exigibilité du titre et de l'époque de la demande. Le créancier doit dès lors prouver que la prescription a été suspendue ou interrompue.

14. C'est une conséquence des droits attachés à la propriété et de sa condition d'affranchissement naturel, que celui qui réclame une servitude est tenu de justifier la légitimité de sa demande, en établissant que la servitude résulte, soit des dispositions de la loi, soit de la situation des lieux, soit de la convention, soit de la prescription par l'usage.

Si cette preuve est à sa charge, lorsque, directement et par l'action que l'on appelle confessoire, il se porte demandeur et conclut à la reconnaissance et à l'exercice de son droit prétendu, elle ne cesse pas de lui incomber, lorsque le proprié-

taire de l'héritage qu'il prétend être grevé de servitude en sa faveur, intente lui-même l'action qu'on appelle négatoire, et que, prenant l'initiative, il conclut à ce que son héritage soit reconnu libre et affranchi de toute servitude, avec défense de le troubler à l'avenir dans sa possession. Le demandeur n'a pas à établir la liberté de son immeuble, ou plutôt la preuve s'en trouve naturellement faite, puisque son titre d'affranchissement se puise dans la loi même ; et c'est au défendeur à prouver qu'il a acquis la servitude d'une manière quelconque.

Cette preuve reste à sa charge, alors même qu'un jugement rendu au possessoire l'aurait maintenu dans la possession et l'usage de la servitude (1). Un semblable jugement n'a pas pour effet d'intervertir l'obligation de la preuve, et il produit encore le résultat utile qui lui est propre, en maintenant le défendeur dans la possession de la servitude, sans qu'il ait à invoquer pour cela d'autre titre que sa possession même. Mais au pétitoire, alors qu'il s'agit d'établir le fond du droit, le propriétaire, trouvant dans son droit même de propriété prouvé et reconnu la preuve de l'affranchissement de son héritage, c'est au défendeur qui prétend exercer un droit de servitude à combattre cette preuve, qui est toute faite, par une preuve directement et positivement contraire.

Ainsi, la partie qui, au possessoire, a été maintenue en possession d'une servitude de passage, en cas d'enclave ou dans tout autre cas, doit prouver au pétitoire qu'elle a acquis cette servitude, soit à l'effet de se libérer de l'indemnité due au propriétaire du fonds servant, soit à l'effet d'établir définitivement son droit de servitude, quant au mode de son exercice et l'emplacement de la servitude (2).

(1) TOULLIER, T. 3, n° 714; et T. 7, pag. 23. — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 472; et T. 5, pag. 587. — DEMOLOMBE, T. 12, n° 957. — Grenoble, 14 juill. 1832. SIREY, 33, 2, 11. — *Contrà*, DURANTON, T. 5, n° 641. — PARDESSUS, *Servitudes*, T. 2, n° 324.

(2) Limoges, 28 juill. 1842. SIREY, 43, 2, 25. — Agen, 30 nov. 1852. SIREY, 54, 2, 8. — *Contrà*, Limoges, 15 fév. 1837. SIREY, 38, 2, 171. — 20 nov. 1843. SIREY, 44, 2, 158.

15. Mais lorsque la loi attache elle-même à certaines circonstances déterminées l'existence et l'établissement d'une servitude, c'est au propriétaire de l'immeuble grevé à prouver qu'il est affranchi. Et cette preuve continue de rester à sa charge, alors même qu'au possessoire il a été maintenu ou réintégré dans la libre possession et jouissance de son héritage.

Ainsi, la présomption de propriété attachée à la possession annale qui a servi de fondement à un jugement possessoire, est insuffisante pour détruire la présomption de mitoyenneté établie par la loi, soit pour un mur (1), soit pour une haie ou un fossé (2). La possession suffisante dont parle l'article 670, et qu'il exige pour détruire la présomption de mitoyenneté, ne doit s'entendre que d'une possession équivalente à titre, c'est-à-dire trentenaire et opérant la prescription.

Les divers cas que nous venons d'examiner appartiennent sans doute à des matières spéciales. Leur citation nous a paru néanmoins utile, pour mieux faire comprendre les principes relatifs à la charge de la preuve, et l'ordre alternatif dans lequel chaque partie doit s'en acquitter.

16. Le double principe posé par l'article 1315 est, dans son application, indépendant de la nature des faits à prouver et de la difficulté ou de l'impossibilité même où serait la partie qui doit les établir d'en administrer la preuve.

Cependant d'anciens glossateurs, se fondant sur divers textes de la loi romaine, dénaturés et mal compris, avaient

(1) Toullier, t. 3, n° 188. — Pardessus, *Servitudes*, n° 161. — Zachariæ, t. 2, pag. 45, n° 5. — *Contrà*, Duranton, t. 5, n° 314.

(2) Zachariæ, t. 2, pag. 50, nte 26. — Demolombe, t. 11, nos 349, 350 et 475. — Bourges, 26 mai 1825. Sirey, 26, 2, 108. — Angers, 7 juill. 1830. Sirey, 31, 2, 104. — Bourges, 31 mars 1832. Sirey, 32, 2, 496. — Douai, 15 fév. 1836 Sirey, 37, 2, 116. — Poitiers, 23 juin 1836. Sirey, 37, 2, 116. — Cass., 13 déc. 1836. Sirey, 37, 1, 215. — Bourges, 31 mars 1837. Sirey, 37, 2, 265. Cass., 17 janv. 1838. Sirey, 38, 1, 123. — *Contrà*, Toullier, t. 3, n° 229. — Pardessus, *Servitudes*, n° 183. — Duranton, t. 5, n° 390.

établi une distinction entre les faits positifs et les faits négatifs. Ils prétendaient que les faits de cette dernière espèce n'étaient pas susceptibles d'être prouvés en justice. Ajoutons qu'ils avaient eux-mêmes limité leur prétendu principe par de nombreuses exceptions, et qu'ils avaient fini par ne l'appliquer, si tant est qu'il subsistât après de semblables restrictions, que lorsqu'il s'agissait d'un fait négatif d'une manière indéfinie, qu'il était impossible de préciser par une détermination de temps, de lieu et de circonstances.

Les meilleurs interprètes du droit se sont appliqués à démontrer ce qu'il y a de faux et de vain dans une pareille doctrine. Si, aujourd'hui encore, on entend dire quelquefois qu'une négative ne se prouve point, c'est par un reste de vieux préjugé dont une raison mieux éclairée doit s'affranchir.

On peut, sans doute, imaginer des négatives tellement indéfinies qu'il est impossible d'en fournir la preuve directe ou même indirecte. Mais il est difficile d'admettre, quelque hypothèse que l'on crée, que de semblables négatives puissent jamais servir de fondement à l'acquisition ou à l'extinction d'un droit, principe de toute contestation judiciaire. L'expérience et la raison enseignent, au contraire, que les faits, quels qu'ils soient, positifs ou négatifs, servant à fonder l'acquisition ou l'extinction d'un droit, sont toujours et nécessairement définis et limités par certaines circonstances précises de temps, de lieu, de qualités, de personnes, et qu'ainsi ils se convertissent le plus souvent en faits positifs, ce qui suffit pour écarter la prétendue maxime, qu'une négative ne se prouve pas.

Aussi, le Code Napoléon nous offre-t-il lui-même des exemples de faits négatifs dont la preuve est cependant mise à la charge de la partie qui les invoque comme fondement d'un droit qu'elle réclame.

Il n'y a donc, quant à la charge de la preuve, aucune distinction à faire entre les faits négatifs ou positifs. Le demandeur ou le défendeur qui les allègue, pour fonder sur leur existence son action ou son exception, doit en rapporter la

preuve, quelque difficulté qu'il éprouve à les établir. Tel est le principe fondamental, et on ne saurait le limiter par des exceptions que la loi n'a pas consacrées. Disons, avec Barthole (1), *ubicumque negatio est causa intentionis alicujus, sive agentis, sive excipientis, ei qui negat incumbit onus probandi;* dans tous les cas où une négative sert de cause à une prétention quelconque, action ou exception, c'est à celui qui l'oppose qu'incombe la charge de la preuve (2).

Nous avons dit que le Code Napoléon offre lui-même plusieurs exemples de négatives dont la preuve, suivant les principes généraux du droit, reste à la charge de celui qui en fait le fondement de son action ou de son exception. Ainsi, c'est au mari qui désavoue l'enfant, suivant l'article 316, à prouver qu'il a découvert la fraude depuis moins de deux mois, si on lui a caché la naissance de l'enfant.

Celui à qui on oppose la prescription de dix ans établie par l'article 1304 doit prouver, par voie d'exception, que le dol et l'erreur ont été par lui découverts depuis moins de dix ans.

Celui qui exerce l'action en répétition de l'indû doit prouver qu'il a payé par erreur ce qu'il ne devait pas.

Celui qui poursuit une déclaration d'absence est tenu d'établir que depuis un certain temps le présumé absent n'a point donné de ses nouvelles (115).

Celle qui prétend qu'une servitude est éteinte par le non usage, doit l'établir, si son adversaire est en possession actuelle.

Le successeur irrégulier qui demande son envoi en possession de l'hérédité, doit prouver qu'il n'existe aucun parent qui se soit présenté pour la réclamer.

Quoi qu'il en soit, nous devons remarquer que lorsqu'il s'agit de faits négatifs, le juge ne doit exiger que l'espèce de

(1) Sur la loi 8, *ff. De verb. oblig.*

(2) Toullier, t. 8, n°s 16 et suiv. — Zachariæ, t. 5, pag. 584. — Marcadé, art. 1315, n° 2.

preuve dont ils sont susceptibles, et se montrer plus ou moins facile à l'égard des éléments de conviction, suivant les circonstances de chaque cause particulière (1).

17. Il n'y a que les questions de fait qui puissent faire le sujet de la preuve judiciaire. Quant aux questions de droit, elles ne sauraient être l'objet d'une semblable preuve. La loi, alors que son existence est certaine et reconnue, peut sans doute donner lieu à des discussions, à des interprétations; mais ce n'est jamais au moyen d'une preuve que son sens peut être fixé. Alors même que l'une ou l'autre partie invoque l'opinion des auteurs ou la jurisprudence des arrêts, ces allégations de sa part, repoussées et contredites par son adversaire, ne peuvent déterminer le juge à en ordonner la vérification au moyen d'une preuve proprement dite.

18. Les seuls points de fait qui soient susceptibles de preuve sont ceux qui sont de nature à justifier les prétentions de la partie qui les allègue. Si leur existence, en les supposant prouvés, ne devait exercer aucune influence sur le jugement de la cause, la preuve n'en devrait point être ordonnée. Il faut qu'ils soient ce qu'on appelle relevants; s'ils ne l'étaient pas, la preuve en serait vainement rapportée; *frustra probatur quod probatum non relevat.*

Remarquez bien que nous ne disons pas qu'ils doivent être décisifs; car chaque point de fait, isolément considéré, peut être insuffisant pour emporter la décision de la contestation; et cependant, combiné avec les autres qui sont également admis en preuve, il peut exercer quelque influence et servir à déterminer la conviction du juge.

Les faits sont surtout non relevants lorsqu'ils tendent bien moins à justifier les prétentions du demandeur, qu'à combattre celles de son adversaire. Ainsi, vous offrirez vainement de prouver que mon héritage est grevé d'une servitude; que la chose que je possède n'est pas ma propriété; que je dois une

(1) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 586.

somme de dix mille francs, si vous n'établissez pas que vous êtes personnellement propriétaire ou créancier. Il ne vous suffira pas de prouver que j'ai tort de dénier la dette ou la servitude, et de me prétendre propriétaire. La légitimité de vos prétentions n'est point par cela même établie; il est, au contraire, prouvé qu'elles sont sans fondement, puisque vous ne pouvez exciper d'aucun droit personnel, mais seulement du droit des tiers.

19. Lorsque la partie qui était tenue de rapporter une preuve ne l'a point fait, ou qu'elle l'a fait d'une manière incomplète, elle doit succomber dans son action ou son exception. Ses droits prétendus, n'étant point légalement prouvés, sont réputés non existants. L'autre partie conserve, dès lors, les avantages de sa position actuelle, puisqu'elle ne pouvait les perdre que par la justification des prétentions de son adversaire. *Actore non probante, qui convenitur, etsi ipse nihil præstet, obtinebit* (1), le demandeur ne prouvant point, le défendeur gagne son procès, quoiqu'il ne rapporte lui-même aucune preuve.

Toutefois, le juge peut, conformément à l'article 1367, déférer d'office le serment supplétoire sur la demande ou sur l'exception qui y est opposée.

Il n'y a point, d'ailleurs, à considérer la nature plus ou moins favorable de la cause. Quelque digne de faveur que soit sa prétention, le demandeur n'est jamais dispensé de rapporter la preuve des faits sur lesquels il la fonde.

Dans le cas même où le défendeur fait défaut, les conclusions de la partie qui le requiert ne sont adjugées que si elles se trouvent justes et bien vérifiées (150, C. pr.).

Et c'est pour cela que le doute est toujours en faveur de celui contre lequel la preuve devait être rapportée, soit qu'il s'agisse d'établir contre lui l'existence d'une obligation ou d'un droit, ou que, étant établis, il s'agisse d'en prouver la déchéance, la modification ou l'extinction.

(1) L. 4, C. *De edendo.*

Il s'ensuit encore que celui qui est poursuivi en désistement d'un immeuble qu'il possède actuellement, doit être maintenu en la possession et propriété de cet immeuble, bien qu'il le possède depuis un temps insuffisant pour prescrire, si le demandeur ne prouve pas lui-même qu'il en a acquis la propriété par titre ou par prescription (1).

20. Quant au défendeur, comme son rôle est entièrement passif et expectant, il n'a qu'à opposer aux prétentions du demandeur une simple dénégation, sans qu'il soit obligé de lui communiquer les pièces qui peuvent établir le fondement de son action. Ce dernier, devant en administrer la preuve, était tenu de s'assurer, avant de l'intenter, des moyens d'en établir la légitimité (2). Mais il y a des devoirs de conscience et de bonne foi.

Cependant, communication est due par toutes parties, des pièces qui leur sont communes, telles que celles qui dépendent d'une succession, d'une communauté, d'une société. Leur non communication peut même, suivant les circonstances, constituer un recel frauduleux.

21. La preuve contraire est, de droit, réservée au défendeur. Mais ce n'est pour lui qu'une faculté, et non une obligation. Lors donc qu'il fait cette preuve, ce n'est point par suite d'une nécessité de prouver qui ne saurait lui être imposée, mais uniquement par suite de l'intérêt qu'il a d'établir l'erreur et la fausseté des faits allégués par son adversaire.

22. Toute administration de preuve et, particulièrement, toute enquête supposent un débat né et actuel. Autrefois, cependant, il y avait des enquêtes dites d'examen à futur, qui se faisaient par provision ou par prévision, pour le cas où un procès viendrait à s'engager plus tard, la partie craignant de voir périr ses preuves. Ces enquêtes avaient lieu sur lettres délivrées aux chancelleries des parlements, sans connaissance de cause, sans

(1) Cass., 8 fév. 1843. SIREY, 43, 1, 271.
(2) TOULLIER, T. 8, n° 20.

contradiction, au point de vue d'un seul intérêt. Par leur forme, par la facilité des subornations et des faux témoignages, elles offraient les plus graves inconvénients, quoiqu'on exigeât, pour en atténuer les abus, qu'elles fussent tenues closes et scellées jusqu'à ce que le moment de les produire fût venu, et qu'il fallût encore réentendre les témoins, si alors ils étaient vivants ou revenus dans le pays. Lors de la rédaction de l'ordonnance de 1667, M. le premier président Lamoignon insista vivement pour qu'elles fussent abrogées. L'expérience a fait voir jusques ici, disait-il, que les enquêtes d'examen à futur étaient inutiles, si l'on en usait bien, ou très dangereuses, si l'on en abusait, comme il arrive ordinairement (1). Elles furent, en conséquence, abrogées par l'article 1, titre 13, de l'ordonnance. On ne saurait douter qu'elles ne soient aujourd'hui également proscrites (2).

Mais il ne faut point confondre ce cas avec celui où, sur un débat contradictoire, les juges ordonneraient une enquête, une expertise, une constatation de l'état des lieux, soit afin de régler les dommages et intérêts éventuels résultant de travaux à faire, soit afin de déterminer, par mesure conservatoire, la direction de ces travaux, leur nature et leur mode de confection (3). Il y a procès né.

ARTICLE 1316.

Les règles qui concernent la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment, sont expliquées dans les sections suivantes.

Sommaire.

1. L'article 1316 énumère divers moyens de preuve.
2. L'aveu,

(1) Voy. *Procès-verbal*, pag. 328.
(2) BONCENNE, T. 4, pag. 259. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 992. — *Contrà*, CARRÉ, *Quest.* 992.
(3) Voy. Besançon, 31 août 1844. SIREY, 45, 2, 625.

3. Et le serment sont des moyens de preuve.
4. Autres moyens de preuve.
5. Preuve admissible et inadmissible;
6. Directe et indirecte; artificielle et inartificielle;
7. Complète ou incomplète; concluante ou non concluante.
8. En quoi le juge civil diffère du juré.
9. Sur quels éléments il doit former sa conviction.
10. Sous quelles conditions la preuve est censée régulièrement faite.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1316 énumère, en renvoyant l'explication de leurs règles aux sections suivantes, les divers éléments de preuve autorisés par la loi.

Nous les considérerons d'abord en eux-mêmes comme moyens d'opérer une certitude suffisante; nous les considérerons ensuite sous le rapport de leur résultat, qui est la conviction du juge.

La loi indique ici cinq moyens de preuve, la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment.

2. Cependant, quant à l'aveu, on a prétendu qu'il était contraire à la logique de le ranger au nombre des moyens de preuve (1). On dit, qu'emportant une présomption légale de la vérité du fait avoué, il dispense par cela même celui qui l'invoque de toute preuve, et enlève au juge le pouvoir d'en exiger une. Nous ne saurions certainement donner des raisons plus fortes pour établir, au contraire, que l'aveu est un véritable moyen de preuve. Il emporte, dit-on, une présomption légale de la vérité du fait avoué; donc, à ce titre de présomption légale, il constitue une preuve. Si la partie qui s'en prévaut est dispensée de toute autre preuve, et si le juge n'a pas le droit d'en exiger une, n'est-ce pas là une nouvelle raison pour conclure qu'il a bien réellement le caractère d'une preuve véritable? Car il serait singulier que l'autorité même qu'il a, à ce titre de preuve, lui en fît dénier le caractère.

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 588.

Chose étrange! On ne fait pas difficulté de le considérer comme constituant un moyen de preuve, lorsque, au lieu de faire pleine foi, il est invoqué seulement comme indice et adminicule. Est-ce donc à dire que, plus il aura de puissance comme preuve, moins il en méritera le nom; qu'étant par lui-même une preuve complète, il n'en est pas un moyen? Mais ce n'est plus alors qu'une querelle de mots.

3. On a prétendu aussi (1), que le serment litis-décisoire ne constitne point, à proprement parler, un moyen de preuve. Sans doute, lorsqu'nne partie défère le serment à l'autre, il s'établit entre elles une transaction, par laquelle celle qui le défère renonce à ses prétentions en cas qu'il soit prêté, et doit, au contraire, s'il ne l'est pas, obtenir l'adjudication de sa demande, sans être tenue d'en administrer autrement la preuve. Mais ce caractère de transaction qui apparaît dans la délation du serment, ne fait pas qu'il ne soit en réalité un moyen de preuve. Il n'est, en effet, autre chose que l'affirmation réputée sincère de la vérité d'un fait. Or, si ce fait, par cela seul qu'il est affirmé sous serment, est tenu judiciairement pour avéré, n'est-ce pas parce que le serment est un moyen légal de preuve, ainsi que le déclare formellement la loi?

Que si le serment n'est point prêté, le refus même de le prêter est un aveu implicite de l'illégitimité des prétentions de celui à qui il a été déféré ou référé. Il est alors, au même titre que l'aveu, un moyen de preuve.

Veut-on dire que le serment est plus que cela; qu'il constitue une preuve pleine et entière, avec des effets qui lui sont propres? Soit; nous répèterons encore que ce n'est plus qu'une querelle de mots.

4. Aux moyens de preuve énumérés dans l'article 1316, il faut en ajouter d'autres, tels que les visites de lieux, les expertises facultatives ou obligatoires qui servent, comme moyens d'instruction, soit que le juge les ait ordonnées d'office ou sur

(1) Zachariæ, *ibid.*

la demande des parties, à compléter ou à fournir les éléments de preuve nécessaires pour la solution de la contestation.

5. Nous avons déjà fait la remarque, et nous en donnerons plus tard l'explication, que la loi distingue entre les divers moyens de preuve, qu'elle ne les admet pas tous également, et qu'elle impose au juge l'obligation de former sa conviction sur les seuls éléments qu'elle considère comme exclusivement indispensables pour que les faits soient légalement tenus pour avérés. Les moyens de preuve se distinguent donc, avant tout, en ceux qui sont admissibles, et ceux qui ne le sont point, suivant la nature du fait qu'il s'agit d'établir. Ainsi, quand la preuve littérale est toujours admissible, la preuve testimoniale ne l'est pas également.

Mais pour savoir si une preuve est admissible ou non, il faut se reporter au moment où s'est accompli le fait sur l'existence duquel le demandeur fonde ses prétentions. C'est la loi de cette époque, et non la loi nouvelle qui régit la preuve, soit sous le rapport de son admissibilité, soit sous celui de sa force probante. La loi nouvelle qui y a apporté quelque modification ne saurait être appliquée sans violation du principe de la non rétroactivité (1).

6. La preuve se distingue encore en preuve directe ou indirecte. Elle est directe, lorsque, s'appliquant précisément au fait contesté, elle tend à l'établir d'une manière immédiate et formelle. Telle est la preuve qui résulte des actes, des titres, des dépositions des témoins, de l'aveu de la partie.

Elle est indirecte, lorsque, sans s'appliquer précisément au fait en question, elle tend à en établir l'existence au moyen des inductions tirées de l'existence d'autres faits avérés ou reconnus. Cette espèce de preuve, fondée sur le raisonnement, n'est autre chose que les présomptions de fait, dont l'appréciation est livrée au juge. Elle est plus ou moins forte, suivant les rapports qui existent entre les faits préalablement établis, et celui

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 589.

qu'il s'agit d'établir. Les indications qui en résultent peuvent, en effet, avoir un caractère plus ou moins marqué de nécessité, de vraisemblance ou de simple probabilité.

La jurisprudence a, enfin, emprunté à la rhétorique la division des preuves en artificielles et inartificielles. La preuve est artificielle lorsque c'est l'art qui la trouve et même la crée, et qu'ensuite il s'applique à tirer d'habiles et ingénieuses inductions des faits et des circonstances; telles sont les variations, les contradictions, les mensonges habilement présentés, relevés et discutés. Elle est inartificielle, lorsque, sans le secours de l'art, elle suffit par elle-même pour établir la certitude légale; tels sont un acte écrit, une déposition formelle de témoins (1).

7. Nous allons voir que sous le rapport de la conviction du juge, la preuve est encore susceptible de nouvelles divisions.

Elle est complète ou incomplète, suivant qu'elle est de nature à opérer une entière ou une imparfaite conviction. En ce dernier sens, on dit une demi-preuve, non point pour exprimer une demi-vérité ou une demi-fausseté, qui ne peut exister; mais pour désigner un simple indice, une présomption insuffisante en elle-même pour produire une certitude légale; indice et présomption capables néanmoins d'établir, à des degrés divers, une vraisemblance, une probabilité qui, avec le concours d'autres adminicules de preuve, peuvent opérer une entière conviction.

La preuve est pertinente ou impertinente, concluante ou non concluante, suivant que les faits qu'il s'agit de vérifier ont trait ou non à la contestation, et que leur existence, une fois avérée, doit exercer ou non une influence plus ou moins décisive sur sa solution.

8. Il appartient en général au juge d'apprécier le degré de force probante des moyens de preuve comme éléments de conviction. La loi, cependant, a pris soin de limiter elle-même

(1) TOULLIER, T. 8, n° 6.

sur ce point le pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Elle a déterminé, en effet, le degré de foi dû à certains moyens de preuve, et y a plié la conscience du juge, de telle sorte que, sous peine de violation de la loi ou d'abus de pouvoir, il est obligé d'y soumettre sa conviction.

En cela, la mission du juge diffère de celle du jury. La loi ne demande pas compte à ce dernier des moyens par lesquels il s'est convaincu. Elle ne lui prescrit point de règles, desquelles il doive faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve. Elle ne lui fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de ses devoirs : Avez-vous une intime conviction (342, C. inst. crim.)?

Le droit civil, au contraire, assujettit le magistrat à des règles déterminées, et, en même temps qu'il veut qu'il soit convaincu, il lui demande compte des éléments de sa conviction.

D'un autre côté, lorsqu'il s'agit de faits tenus pour légalement constants et avérés, le juge ne peut ni ne doit exiger d'office, ni admettre sur la demande des parties, aucune sorte de preuve. Ainsi, aucune preuve n'est admissible contre les présomptions légales de légitimité, d'interposition de personnes, ou celles que la loi attache, dans les rapports des parties entre elles, à l'aveu, au serment, ou à la chose jugée (1).

Du moins, lorsque la loi tient pour constants et avérés certains faits en vertu d'une présomption générale ou particulière, la preuve contraire ne peut être admise ou exigée que dans le cas d'une exception formelle.

9. Mais ce n'est point assez que le juge soit convaincu de la vérité du fait, il doit l'être comme magistrat, suivant les règles qui déterminent l'admissibilité et la force probante des moyens invoqués comme éléments de conviction.

Il ne doit, en conséquence, se décider que suivant les faits articulés et prouvés par les parties, *secundum allegata et probata judicare debet.* Cette double condition d'articulation faite et de preuve administrée est rigoureusement indispensable.

(1) TOULLIER, t. 8, n° 38. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 585.

Il s'ensuit que le juge ne peut tenir un fait pour avéré, par cela seul qu'il en a personnellement la connaissance acquise (1). Quels dangers n'y aurait-il pas dans le pouvoir arbitraire qui lui serait accordé d'opposer sa connaissance personnelle aux preuves légalement rapportées, et de juger sur le témoignage, souvent faux et trompeur, qu'il se rend à lui-même sans contradiction !

Ce principe ne nous paraît pas cependant d'une si inflexible rigueur que le juge ne puisse, à l'aide de la connaissance positive qu'il a personnellement du fait en question, sinon contredire les preuves acquises légalement, ni suppléer le défaut d'articulation de la part des parties litigantes, du moins fortifier, pour compléter sa conviction, les indices, les présomptions, les probabilités et les vraisemblances qui déjà constituent un commencement de preuve. On prétendrait vainement interdire à sa conscience l'exercice d'un pouvoir ainsi restreint que la morale approuve et que la loi cesse de condamner ; sa conscience révoltée ne se soumettrait pas. Mais il ne saurait user de ce pouvoir que dans les cas particuliers où la loi l'autorise à se prononcer sur de simples présomptions ou sur la preuve testimoniale. Le plus souvent enfin la connaissance qu'il aura personnellement du fait le déterminera à s'abstenir, par suite d'honorables scrupules de conscience.

Sous les mêmes restrictions, nous ne voyons pas pourquoi il lui serait interdit de se prononcer sur la notoriété publique, pourvu qu'elle soit elle-même incontestée ou parfaitement établie (2). Mais il ne doit la consulter qu'avec une réserve extrême, et ne jamais perdre de vue, quand il l'interroge, que les éléments en sont souvent insaisissables, et qu'elle peut être le résultat, quelquefois frauduleusement accrédité, de préjugés, de préventions et d'erreurs populaires.

(1) Toullier, t. 8, n° 39. — Zachariæ, t. 5, pag. 582. — Duranton, t. 13, n° 9. — Montpellier, 23 nov. 1852. Sirey, 53, 2, 239.
(2) Voy. cep. Zachariæ, t. 5, pag. 582.

10. La preuve n'est enfin réputée régulièrement faite que lorsqu'elle a été administrée suivant les formes de procédure indiquées par la loi, en vue d'établir précisément le fait qui fait l'objet de la contestation, dans l'instance engagée à ce sujet entre les parties, et contradictoirement avec celle à qui on prétend l'opposer.

Ainsi, le juge ne peut tenir pour légalement avérés les faits de l'existence desquels il emprunterait la preuve à une enquête faite dans une autre instance engagée entre des parties différentes, ou entre les mêmes parties (1), ni à une enquête faite devant des arbitres dont les pouvoirs seraient expirés ou révoqués (2), ou dans une instance qui aurait été frappée de péremption (3).

Une enquête ne peut même être opposée à celui qui a été partie dans l'instance, s'il n'y a été appelé ou représenté, ou s'il n'y a assisté (4).

Les tribunaux civils ne peuvent enfin puiser la preuve du fait en question dans l'instruction suivie devant une juridiction différente, répressive (5) ou administrative. Car il ne suffit pas que le juge sache, il doit savoir dans l'ordre de sa juridiction; *non sufficit judex sciat, sed ordine juridictionis sciat oportet*, alors du moins que la loi règle les conditions de la preuve et en détermine la valeur.

Mais nous devons faire une double observation; la première, que nous ne préjugeons rien sur la question relative à l'influence réciproque de la chose jugée au civil et au criminel, question que nous examinerons plus loin, sous l'article 1351, et au sujet de laquelle nous montrerons que le fait déclaré constant par une décision passée en force de chose jugée au criminel doit également être tenu pour avéré au civil,

(1) TOULLIER, T. 8, n°s 26 et 29.
(2) Voy. l. 20, C. *De test.* — TOULLIER, T. 8, n° 27.
(3) Art. 401, C. pr. — TOULLIER, T. 8, n° 28.
(4) ZACHARIÆ T. 5, pag. 583. — Cass., 11 janv. 1815. SIREY, 15, 1, 255.
(5) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 583. — TOULLIER, T. 8, n°s 30 et suiv.

à l'égard de la personne condamnée, alors qu'elle est poursuivie par la partie lésée en réparation du dommage causé, sans qu'elle puisse dans cette seconde instance soutenir qu'elle n'est pas l'auteur du fait, et exiger que la preuve en soit de nouveau administrée.

Notre seconde observation, c'est que le principe que nous avons posé plus haut, cesse d'être applicable lorsque le juge est autorisé à décider le débat dont il est actuellement saisi au moyen de présomptions simples. Ainsi, le tribunal civil saisi d'une action en nullité d'un concordat pour cause de dol et de fraude, peut puiser dans les résultats d'une procédure criminelle antérieure en banqueroute frauduleuse, les éléments de sa conviction. Comme, dans ce cas, la loi ne détermine aucune règle de laquelle dépendent la plénitude et la suffisance de la preuve, il a, quant à l'examen des faits et circonstances de la cause, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (1).

Il peut de même, alors même que la personne accusée de faux a été acquittée, déclarer fausse la pièce arguée, en fondant sur les documents fournis par l'instruction criminelle le principe de sa conviction (2).

Mais, d'un autre côté, si aucune loi ne lui défend de faire résulter des présomptions suffisantes des documents d'une procédure criminelle et d'y puiser les éléments de sa conviction, rien non plus ne lui en impose l'obligation. Il lui est donc également loisible de voir ou de ne pas voir un commencement de preuve écrite dans la déposition faite par la partie à laquelle on l'oppose, à titre de témoin, dans une instruction criminelle (3).

De même, il peut trouver un commencement de preuve écrite, rendant dès lors admissibles les simples présomptions, dans les mémoires signés de la partie à laquelle on l'oppose,

(1) Cass., 2 juin 1840. Sirey, 40, 1, 638. — 22 juin 1843. Sirey, 44, 1, 303. — Agen, 14 janv. 1851. Sirey, 51, 2, 781.
(2) Bordeaux, 21 juill. 1851. Sirey, 51, 2, 718.
(3) Cass., 18 mai 1840. Sirey, 40, 1, 640.

et notifiés par elle dans une instance différente de la contestation actuelle, et où le demandeur n'a même pas été partie (1).

Mais ces questions rentrent plus spécialement dans le commentaire d'autres articles.

SECTION Ire.

DE LA PREUVE LITTÉRALE.

§ Ier. *Du titre authentique.*

ARTICLE 1317.

L'acte authentique est celui qui a été reçu par officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

Sommaire.

1. Supériorité de la preuve littérale.
2. Elle comprend toute sorte d'écrits.
3. Sens des mots acte, titre, contrat.
4. Définition de l'acte authentique. Ce qu'il comprend.
5. Conditions nécessaires à l'acte authentique. Il faut qu'il soit reçu par un officier public,
6. Ayant cette qualité au moment de l'acte,
7. Remplissant les conditions exigées pour sa nomination, sauf erreur commune;
8. Sans qu'il existe aucun empêchement spécial en ce qui concerne l'acte;
9. Que l'officier public ait droit d'instrumenter;
10. Que l'acte soit reçu dans son ressort,
11. Avec les solennités requises.
12. Des notaires et de leurs actes,
13. Leur ressort.
14. Notaire destitué, révoqué ou suspendu.
15. Parenté ou alliance du notaire avec les parties. Sens du mot partie. Comprend-il le mandataire?
16. Intérêt personnel du notaire dans l'acte qu'il reçoit.
17. Comment les actes notariés sont reçus. Témoins instrumentaires.
18. Ils doivent être citoyens français, sens de ces mots.
19. Autres qualités exigées d'eux.

(1) Cass., 27 avril 1840. SIREY, 40, 1, 728.

20. De l'erreur commune sur la capacité putative des témoins.
21. Enonciations que doivent contenir les actes notariés. Date. Rectification d'erreur.
22. De la signature.
23. De la place où doivent être faites certaines mentions.
24. Des renvois et apostilles.
25. Des surcharges, interlignes et additions.
26. Les notaires doivent garder en général minute de leurs actes.
27. L'acte peut être écrit par le notaire ou toute autre personne.
28. Enonciations que l'acte doit contenir sous peine d'amende.
29. Des ratures.
30. Les amendes de la loi de l'an XI, réduites par la loi de 1824. Mention de la patente dans les actes.
31. De la délivrance des grosses.
32. De l'enregistrement des actes notariés.
33. Ils doivent être rédigés en français.
34. Formes spéciales des testaments authentiques. Des témoins.
35. Suite.
36. De la capacité du notaire.
37. Rédaction des testaments. Mentions qu'ils doivent contenir.
38. Formes du testament mystique.
39. Loi du 21 juin 1843 sur la réception des actes notariés.
40. Si le dépôt chez un notaire d'un écrit privé peut conférer à cet acte le caractère d'authenticité.

COMMENTAIRE.

1. De tous les genres de preuve, la preuve littérale, c'est-à-dire celle qui résulte des actes écrits, est celle à laquelle la loi accorde le plus de confiance. Cette préférence est d'ailleurs fondée sur son caractère et sa nature même. La preuve littérale a, en effet, toute l'autorité qui s'attache à un monument écrit, destiné à établir le fait et à en fixer la mémoire, sans que ses auteurs aient eu, au moment de sa rédaction, d'autre intention, d'autre but et d'autre intérêt que de constater la vérité. Ce qui la place surtout au-dessus de la preuve testimoniale, c'est qu'elle conserve, sans altération, un souvenir durable et permanent, et qu'elle présente des garanties d'impassibilité et d'impartialité que ne saurait offrir un simple témoignage oral.

On comprend que ce genre de preuve, le dernier usité dans

l'ordre des temps, n'a pu appartenir qu'aux peuples civilisés. Il a été de beaucoup précédé par la preuve testimoniale ; car les hommes ont été forcés, dans le principe, de confier à la mémoire de leurs contemporains les actes de leur vie civile, comme ils l'ont été d'abandonner le souvenir des actes de leur vie politique à la tradition, qui n'est que le souvenir accumulé des générations successives. On peut donc dire que la preuve littérale appartient à la civilisation, et la preuve testimoniale à la barbarie. La première est toujours un progrès. Elles ont sans doute toutes deux le même fondement dans le témoignage des hommes ; mais on peut remarquer entre elles, si cette comparaison ne paraît pas trop ambitieuse, la même différence qu'entre l'histoire et la tradition.

Les passions plus vives et plus agissantes de l'intérêt privé corrompent souvent les preuves judiciaires. Nulle d'entre elles n'est à l'abri de ce péril. La preuve littérale peut être altérée et corrompue dans ses éléments. L'écriture, comme la parole dont elle n'est que l'expression figurée, se prête au mensonge et à la fraude. Mais, sous ce rapport, elle offre moins de dangers et éveille moins de soupçons que la preuve orale, où l'homme, quand il ne se trompe pas de bonne foi, excuse son mensonge par un prétexte d'erreur, et n'a fort souvent que sa conscience pour complice et témoin de son faux témoignage.

Comme la preuve littérale n'est jamais repoussée, tandis que la seconde l'est dans beaucoup de cas, elle est, en réalité, le genre de preuve dominant et de droit commun. Celle-ci, au contraire, constitue un genre de preuve inférieur et exceptionnel dans le droit civil.

2. La preuve littérale, ainsi que nous le verrons dans le cours de notre commentaire, a une autorité plus ou moins considérable, suivant le caractère de l'écriture de laquelle elle résulte. Elle comprend, en effet, les actes authentiques et les actes sous signatures privées ; les actes originaux et les copies ; les actes primordiaux et les actes récognitifs ; et, accessoirement à cette triple classification, elle comprend encore

les contre-lettres, les registres des marchands, les écritures domestiques, les lettres missives, les simples annotations, et enfin les tailles, qui sont une sorte d'écriture.

3. Nous devons commencer par déterminer le sens de quelques expressions qui sont indifféremment employées par le législateur pour signifier la preuve littérale. Le mot acte est une expression générale, *actum verbum generale est* (1); il signifie ce qu'a été fait, le fait même de la convention ou de la disposition de laquelle résultent des droits ou des obligations juridiques. Ici il est pris dans le sens de l'écrit destiné à constater la convention ou la disposition. On dit alors dans cette acception particulière, un acte instrumentaire, ayant pour but d'instruire de ce qui a été fait.

Dans ce dernier sens, la loi se sert indifféremment du mot titre. Ainsi, elle dit le titre authentique, le titre original, copie de titres, comme elle dit l'acte sous seing privé, l'acte récognitif et confirmatif. Cette expression de titre a, néanmoins, une autre acception fort remarquable. Elle signifie la cause d'une obligation ou d'un droit; titre onéreux, titre gratuit, titre d'acquéreur, titre d'héritier. Pris en ce sens, le titre ne suppose même pas qu'il y ait un acte destiné à constater l'existence du droit ou de l'obligation qu'il sert à causer et à qualifier.

On dit enfin un contrat, toujours dans le sens d'un acte, d'un titre écrit, bien qu'à proprement parler ce mot ne doive exprimer que la convention qui a été faite entre les parties. Il est même à remarquer que l'on n'emploie pas d'autre expression, tant elle y semble consacrée, pour exprimer l'acte qui contient les conventions faites, relativement aux biens, entre les époux.

4. L'article 1317 définit l'acte authentique : c'est celui qui a été reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

(1) L. 19, *ff. De verb. oblig.*

Il semble résulter des expressions employées par notre article qu'il a particulièrement en vue les actes émanés de cette classe de fonctionnaires que l'on nomme officiers ministériels. Il convient, cependant, de l'entendre dans le sens le plus général, et de donner à ses termes toute l'extension qu'ils comportent. Ces mots, officiers publics, signifient toute personne revêtue d'un caractère public, investie de l'autorité publique. Et, quant à l'expression d'instrumenter, elle n'a d'autre sens que celui d'accomplir l'acte, de le recevoir, de le rédiger.

Ainsi entendu, l'acte authentique comprend les actes politiques émanés des pouvoirs législatif et exécutif;

Les actes administratifs émanés des préposés, agents et employés des différentes administrations publiques;

Les actes judiciaires qui embrassent les divers actes de procédure, d'instruction, de jugement, qui ont pour objet d'introduire l'action, de lier l'instance, d'instruire le procès, d'en consommer la décision;

Les actes extra-judiciaires qui renferment tous les autres actes ne rentrant pas dans l'une des classes précédentes, et plus spécialement ceux qui, émanés d'officiers ministériels, ont pour objet d'assurer l'exécution ou d'établir la preuve de droits et d'obligations juridiques, dans l'ordre des intérêts privés.

Nous insisterons surtout sur les actes de cette dernière espèce.

5. A quelque classe qu'il appartienne, l'acte authentique est soumis à certaines conditions de forme essentielles, auxquelles est subordonné le caractère de l'authenticité.

1° Il faut d'abord qu'il soit reçu par un officier public, en cette qualité. Il ne serait pas authentique s'il avait été reçu par un fonctionnaire, en une qualité autre que celle en laquelle il peut régulièrement l'accomplir, ou en la qualité de simple particulier, laquelle ne lui confère aucun droit d'instrumenter.

6. 2° Il doit, au moment même où il reçoit l'acte, avoir la

qualité d'officier public. S'il avait été suspendu, révoqué ou remplacé, et que sa suspension, sa révocation ou son remplacement lui eût été régulièrement notifié, l'acte qu'il aurait reçu depuis cette notification, n'émanant pas d'un officier public, n'aurait aucun caractère d'authenticité.

Lorsque les suspensions et révocations résultent de décisions judiciaires, elles sont notifiées dans les mêmes formes que les jugements.

Mais si les suspensions, révocations ou remplacements résultent d'actes administratifs, ils sont notifiés par simples lettres d'avis, qui peuvent même, en cas de révocation ou de remplacement, être suppléées par la notoriété, telle que l'insertion dans les actes officiels, l'installation et la prise de possession du nouveau titulaire.

7. 3° Si l'officier public avait été nommé, quoiqu'il ne remplît point, sous certains rapports, tels que ceux de l'âge, du diplôme, de la nationalité, quelques-unes des conditions spéciales ou générales, requises pour l'exercice des fonctions qui lui ont été conférées, nonobstant l'irrégularité de sa nomination, l'acte qu'il aurait fait comme officier public ne laisserait pas de valoir comme authentique. Telle est la décision d'une fameuse loi romaine (1). Barbarius Philippus, esclave fugitif, fut nommé préteur à Rome. Ses édits, ses décrets, ses actes furent maintenus dans un intérêt public, *propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt.* Telle est la décision d'Ulpien.

8. 4° Indépendamment de sa capacité générale et absolue comme officier public, il faut qu'il n'existe aucun empêchement particulier qui s'oppose à ce qu'il puisse valablement recevoir l'acte spécial qui rentre dans ses attributions. Tel est le cas où il lui est interdit de recevoir l'acte, parce qu'il l'intéresse personnellement, ou qu'il intéresse quelqu'un de ses parents ou alliés à un degré déterminé. L'acte cesse alors de

(1) L. 3, *ff. De off. præt.* — L. 2, C. *De sent. et interl. omn. jud.* — DURANTON, T. 13, n° 77. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 624. — BONNIER, *De la preuve*, n° 354. — MARCADÉ, art. 1317, n° 2.

valoir comme authentique. Nous aurons à revenir sur ce point en parlant des actes notariés.

9. 5° L'officier public doit avoir le droit d'instrumenter, c'est-à-dire que l'acte qu'il s'agit de recevoir doit rentrer dans les limites de ses attributions. Dans le cas contraire, il ne confère à son acte aucun caractère d'authenticité.

10. 6° Il ne suffit pas que l'acte rentre, par sa nature, dans ses attributions; il faut en outre, sous le rapport du lieu, qu'il soit reçu dans les limites de son ressort, c'est-à-dire du territoire assigné à l'exercice de ses fonctions. Cette condition de la compétence territoriale est aussi rigoureusement exigée que celle de la capacité personnelle, pour que l'acte puisse valoir comme authentique.

11. 7° Il faut enfin que l'acte soit reçu avec les solennités requises. Mais il faut distinguer entre celles qui ne sont exigées que sous peine d'amende, et celles qui le sont à peine de nullité. L'inaccomplissement de ces dernières empêche seul l'acte de valoir comme authentique. Quant à l'inobservation des autres, elle ne lui enlève point son caractère d'authenticité.

12. Nous n'entrerons point ici dans l'examen des lois, décrets et ordonnances qui règlent les attributions, la capacité et la compétence des divers fonctionnaires publics, ainsi que les solennités requises dans l'accomplissement des actes de leur ministère. Le moindre inconvénient d'un semblable travail, dont l'esprit peut à peine mesurer la monotone étendue et saisir les détails fastidieux, serait d'introduire un commentaire dans un autre, sans la moindre utilité.

Après nous être borné à poser les principes généraux, nous nous contenterons donc d'entrer dans quelques détails sur les actes notariés. De tous les actes publics, ils sont en effet ceux qui offrent aux débats judiciaires la source la plus abondante de preuve littérale.

Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour re-

cevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions (art. 1, loi du 25 ventôse an XI).

Quelque étendues que soient leurs attributions, il est certains actes qui peuvent être faits concurremment ou même exclusivement par d'autres fonctionnaires ou officiers ministériels. Ce concours et cette exclusion sont établis et réglés par des dispositions particulières. Nous citerons comme exemples les offres réelles (1258) et les protêts (176, C. comm.), qui peuvent être faits soit par les notaires, soit par les huissiers.

13. Un ressort leur est assigné, hors duquel ils ne peuvent instrumenter à peine de nullité de l'acte (art. 6, 68).

Ils exercent leurs fonctions, savoir : ceux des villes où est établie une Cour d'appel, dans toute l'étendue du ressort de cette Cour; ceux des villes où il n'y a qu'un tribunal de première instance, dans l'étendue du ressort de ce tribunal; ceux des autres communes, dans l'étendue du ressort de la justice de paix (art. 5).

14. Tout notaire suspendu, destitué ou remplacé, doit aussitôt après la notification qui lui est faite de sa suspension, de sa destitution ou de son remplacement, cesser l'exercice de ses fonctions, à peine de nullité de l'acte (art. 52, 68).

Les jugements qui prononcent une suspension ou destitution sont sujets à l'appel, et exécutoires par provision (art. 53).

15. Les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et, en collatérale, jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur, à peine de nullité (art. 8, 68).

Mais aucune disposition de la loi de ventôse ne déclare les notaires incapables de recevoir des actes dans lesquels leurs

clercs ou serviteurs figureraient comme partics ou mandataires. Ces personnes ne sont même pas présumées de droit interposées aux nom et lieu du notaire (1).

Si les parents ou alliés du notaire n'étaient que mandataires de tiers étrangers, sans que, d'ailleurs, l'acte contînt aucune disposition en leur faveur, nous pensons que, même dans ce cas, il serait incapable de recevoir l'acte. Vainement on objecte qu'il n'est pas exact de dire que les parents ou alliés soient parties; que la véritable partie, c'est le mandant, et que, si le mandataire a un intérêt à la passation de l'acte, ce n'est qu'en ce qui touche l'accomplissement de son mandat (2).

Il est plus vrai, au contraire, que cet intérêt même suffit pour frapper le notaire d'incapacité; que pour contracter en nom qualifié, sous le nom d'un tiers, le mandataire n'en est pas moins réputé partie à l'acte; que cette qualité, jointe à l'intérêt quelconque qu'elle suppose, est incompatible, dans la pensée de la loi, avec les garanties d'une rédaction impartiale et désintéressée; qu'enfin l'opinion contraire tendrait à favoriser certaines spéculations de famille, en les couvrant du nom d'un prétendu mandant, qui n'interviendrait que pour faciliter ces opérations plus ou moins déshonnêtes (3).

Il est d'ailleurs indifférent que le mandat soit salarié ou non. Mais l'incapacité du notaire serait hors de toute contestation, si l'acte contenait quelque stipulation en faveur du mandataire, comme il arrive dans certains cas, où celui-ci est autorisé par le mandant à stipuler et à percevoir, à titre d'indemnité, quelque remise de la part du tiers avec lequel il traite en cette qualité.

La nullité de l'acte serait également flagrante, si le parent ou allié au degré prohibé traitait, non comme mandataire, mais comme se portant fort. Il est, en réalité, partie obligée dans l'acte; il est même seul engagé, jusqu'à la ratification du tiers.

(1) Lyon, 11 fév. 1851. SIREY, 52, 2, 61.
(2) Grenoble, 7 juill. 1830. SIREY, 32, 2, 417.
(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 626, n° 11.

Et cette ratification est impuissante elle-même à couvrir le vice de nullité qui affecte l'acte dès le principe.

Il doit en être de même, lorsque le parent ou allié au degré prohibé s'est porté mandataire, sans avoir aucun pouvoir ni mandat qui l'autorisât à contracter dans les termes suivant lesquels il a traité. Il contracte, en effet, dans ce cas, une obligation personnelle, par suite de l'usurpation ou de la violation de ses pouvoirs prétendus.

Bien que la nullité édictée par l'article 8 de la loi du 25 ventôse l'ait été surtout dans le but de protéger les tiers contre la partialité et l'intérêt d'affection du notaire, néanmoins, comme elle se fonde sur l'incapacité de l'officier public, toutes parties son également admises à s'en prévaloir.

16. La loi du 25 ventôse ne parle point du cas où le notaire est intéressé personnellement dans l'acte qu'il reçoit. Mais il est évident qu'il est, à plus forte raison, incapable de le recevoir dans ce cas, soit qu'il y figure en son nom personnel, comme mandataire, porte-fort, ou *negotiorum gestor*, ou sous le nom d'un tiers cointéressé ou interposé; soit enfin que de toute autre manière l'acte contienne une clause dans son intérêt personnel et direct. Cette incapacité résulte du caractère même et de l'objet de ses attributions (1). Les notaires n'ont été, en effet, institués par la loi pour recevoir les actes auxquels les parties veulent ou doivent donner le caractère de l'authenticité, qu'à la condition d'être les rédacteurs désintéressés de la volonté des parties. Il en résulte une incompatibilité absolue entre l'exercice des fonctions notariales et la qualité de partie dans les actes de leur ministère.

(1) Voy. 1318, nº 5. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 626. — DURANTON, t. 13, nº 28. — TOULLIER, t. 8, nº 73. — GRENIER, *Donat.*, t. 1, nº 249. — Cass., 3 août 1847. SIREY, 47, 1, 725. — Besançon, 17 juill. 1844. SIREY, 46, 2, 171. — Orléans, 31 mai 1845. SIREY, 49, 2, 631. — 5 mai 1849. SIREY, 49, 2, 453. — Douai, 10 fév. 1851. SIREY, 51, 2, 70. — Cass., 15 juin 1853. SIREY, 53, 1, 529. — 15 juin 1853. SIREY, 53, 1, 655. — Limoges, 11 juill. 1854. SIREY, 54, 2, 769. — Amiens, 9 avril 1856. SIREY, 56, 2, 333. — Cass., 16 déc. 1856. SIREY, 57, 1, 452.

Ils ne peuvent, de même, recevoir aucun acte où leurs femmes seraient intéressées, fussent-elles séparées de biens (1). Mais il ne faut point assimiler à une stipulation faite au profit du notaire, la clause par laquelle il aurait été convenu, par exemple, dans un cahier de charges concernant une vente d'immeubles, que les loyaux coûts de l'acte seraient productifs d'intérêts. Une pareille clause, stipulée dans l'intérêt direct et immédiat des parties venderesses qu'elle tend à affranchir du recours du notaire, est une simple condition du contrat, et n'emporte point la nullité de l'acte (2).

17. Les actes seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé (art. 9).

Deux notaires, parents ou alliés au degré prohibé, c'est-à-dire en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, ne peuvent concourir au même acte (art. 10).

Les parents, alliés soit du notaire, soit des parties contractantes au degré prohibé, leurs clercs et leurs serviteurs ne peuvent être témoins (art. 68).

L'acte fait en contravention est nul (art. 10).

18. Que doit-on entendre ici par ces mots : citoyens français? Les chartes de 1814 et de 1830, les constitutions de 1848 et de 1852 ne s'en expliquant point, il faut recourir à la constitution du 22 frimaire an VIII, sous l'empire de laquelle la loi organique du notariat a été promulguée. Or, de ses articles 4 et 5, il résulte que ne peuvent être témoins instrumentaires dans un acte notarié, les individus qui ont été naturalisés en pays étranger, ou qui ont accepté des fonctions ou pensions offertes par un gouvernement étranger ; les commerçants faillis ; les héritiers immédiats, détenteurs à titre gratuit de la

(1) DURANTON, T. 13, n° 28.

(2) Cass., 21 janv. 1853. SIREY, 53, 1, 179.

succession totale ou partielle d'un failli; les domestiques à gages, attachés au service de la personne ou du ménage; enfin, les individus en état d'interdiction judiciaire, d'accusation ou de contumace (1). Nous ne pouvons, toutefois, nous empêcher de remarquer que l'application de ces dispositions de la constitution de l'an VIII, du moins en ce qui concerne les héritiers d'un failli et les domestiques à gages, est peu en harmonie avec le principe de notre constitution actuelle, qui ne fait point de ces qualités une cause de suspension ou d'exclusion de l'exercice des droits civiques.

Sont également incapables d'être témoins instrumentaires, ceux qui ont été interdits de leurs droits civiques (42, C. p.), pendant la durée de leur interdiction, et ceux qui ont été condamnés à une peine afflictive ou infamante, même après l'expiration de leur peine (28, 34, C. p.).

19. Par l'expression de clercs, il faut entendre ceux qui, inscrits ou non au tableau du stage, avec ou sans traitement, travaillent habituellement dans l'étude du notaire, et le suppléent, au besoin, dans la rédaction des actes et la réception des consentements, en prenant notes des conventions arrêtées entre les parties.

Les simples écrivains copistes et expéditionnaires ne sont point, à proprement parler, des clercs. Ils sont plutôt des serviteurs, dans le sens de cette expression, qui comprend toutes les personnes attachées au service de l'étude, tels que les garçons de bureau.

Quant à la classe des serviteurs attachés au service de la personne ou du ménage, nous avons vu qu'ils sont absolument incapables d'être témoins instrumentaires.

Mais deux parents, même au degré prohibé, deux frères, peuvent concourir comme témoins instrumentaires du même acte. Ce cas est en dehors des prohibitions de la loi.

(1) Duranton, t. 13, n° 31. — Zachariæ, t. 5, pag. 627. — Bonnier, n° 363. — Rouen, 13 mai 1839. Sirey, 39, 2, 346. — *Contrà*, Cass., 10 juin 1824. — Sirey, 24, 1, 294.

20. L'incapacité absolue ou relative de l'un des témoins n'entraînerait cependant pas la nullité de l'acte, si, au moment où il a été passé, une erreur générale et commune le faisait considérer comme ayant toutes les qualités requises pour être témoin instrumentaire. Mais il faut que les faits qui constituent pour le témoin la possession publique de sa capacité putative, aient un caractère particulier de gravité qui explique et justifie l'erreur commune (1).

Quant à l'erreur sur l'âge et la parenté, si nous n'allons pas aussi loin que certains auteurs, qui pensent qu'elle ne peut point être invoquée pour valider l'acte (2), parce qu'il est plus aisé de vérifier la capacité du témoin sous ce rapport que sous celui de ses droits civils et civiques; si nous admettons, au contraire, même dans ce cas, pour le maintien de l'acte, la possession publique de la capacité putative du témoin, nous voulons du moins que les circonstances sur lesquelles l'erreur commune s'est fondée, soient de telle nature que l'erreur n'ait pas pu même être soupçonnée, et que la connaissance de la vérité ait été rendue impossible (3).

21. Les actes doivent énoncer, à peine d'amende, les nom et lieu de la résidence du notaire; mais, à peine de nullité, les noms des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés (art. 12, 68).

Quant à la date, la loi ne parle pas du mois; mais l'indication du jour n'est complète que par l'indication du mois. Il s'agit d'ailleurs de dater; car l'article 30 veut que le répertoire mentionne la date de chaque acte. Or, la date est la mention des jour, mois et an. Ce mot vient de *datum*, donné, d'après l'an-

(1) L. 1, C. *De test.* — DURANTON, T. 13, n° 35, et T. 9, n° 109. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 628. — MERLIN, Rép., v° *Tém. instr.*, § 2, n° 3. — Cass., 28 fév. 1821. SIREY, 22, 1, 1. — 28 janv. 1831. SIREY, 32, 1, 174. — 24 juill. 1839. SIREY, 39, 1, 653.

(2) GRENIER. *Donat.*, n° 256. — TOULLIER, T. 5, n° 407.

(3) Cass., 31 janv. 1834. SIREY, 34, 1, 452. — Aix, 30 juill. 1838. SIREY, 39, 2, 85. — 15 déc. 1847. SIREY, 48, 1, 550. — 4 févr. 1850. SIREY, 50, 1, 180.

cien style du temps où, les actes étant rédigés en latin, on mettait, avant d'exprimer le jour de leur passation, le mot, *datum*, ou les deux mots, *datum et actum*, que nous traduisons dans le style moderne par ceux-ci, fait et passé.

La date peut être, au surplus, indiquée par des équipollents qui réunissent les divers éléments qui la constituent, par exemple, par l'indication d'une fête, d'un anniversaire, d'un évènement constaté par un acte public (1).

Les erreurs de date peuvent, enfin, être rectifiées par les éléments que fournit l'acte lui-même. Il énonce, par exemple, 7 juin 1852, jour de mardi, quoique ce soit un lundi, et que le mardi soit le 8. Il y a évidemment dans l'énonciation de la date une erreur qui doit et peut être réparée (2). Mais comment se fera cette rectification? Elle se fera généralement par l'indication du quantième, et non par celle du jour indiqué. Ainsi, l'acte n'aura pas la date rectifiée du mardi 8 juin 1852, mais, au contraire, il conservera celle du 7. Si le jour énoncé était fort distant du quantième indiqué, ce serait à cette dernière indication qu'il faudrait, à plus forte raison, s'en tenir. Par exemple, il est dit : aujourd'hui samedi, 14 juin 1852, tandis que le samedi correspond au 12 ou au 19; dans cette incertitude, l'indication du quantième doit prévaloir. Autrement, on s'exposerait à mettre une date arbitraire sur un jour qui se reproduit quatre ou cinq fois dans le même mois.

Quant au lieu de l'acte, il n'est pas exigé qu'on indique, comme on dit, le lieu du lieu, *locus loci*, la maison, ni même le village ou hameau. L'indication de la commune satisfait aux prescription de la loi. Devant nous, en notre étude... Voilà une indication de lieu suffisante (3).

Il en est de même de la demeure des témoins. Elle est suffi-

(1) TOULLIER, T. 5, n° 365; et T. 8, n° 81. — DURANTON, T. 9, n° 30. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 82 et 629.

(2) TOULLIER, T. 8, n° 83.

(3) TOULLIER, T. 8, n° 82. — MERLIN, Quest., v° *Date*, § 2. — Riom, 18 mai 1841. SIREY, 41, 2, 571.

samment désignée par l'indication de la ville ou de la commune, sans celle de la rue, du numéro, du village.

22. Les actes doivent être signés par les parties, les témoins et les notaires qui doivent en faire mention à la fin de l'acte. Quant aux parties qui ne savent ou ne peuvent signer, le notaire doit faire mention, à la fin de l'acte, de leurs déclarations à cet égard (art. 14).

L'acte fait en contravention est nul (art. 68).

La signature est l'apposition de sa main, en toutes lettres, de son nom patronymique, soit que ce nom soit précédé ou suivi de l'indication d'un ou de plusieurs prénoms, écrits en toutes lettres ou simplement indiqués par des initiales. Le paraphe s'entend des traits disposés avec un dessin particulier, et dont chaque personne est dans l'usage d'assortir sa signature. Il concourt à la distinguer et à la marquer davantage d'un cachet tout personnel.

Il n'y a pas de signature régulière, lorsqu'on a signé seulement de ses prénoms, de son surnom, du nom d'une famille étrangère, du nom d'une propriété ou simplement de l'initiale de ces noms, à moins que l'identité de la personne étant constante, il ne soit établi que le signataire était généralement connu sous le nom qu'il a souscrit, et qu'il avait l'habitude de signer ainsi dans les actes publics ou privés (1).

Quant à l'apposition d'une croix, d'un signe, d'une marque quelconque, elle équivaut au défaut de signature (2).

Mais les signatures illisibles, comme certaines personnes affectent d'en faire, n'entraînent point la nullité de l'acte, alors du moins qu'il est permis d'en reconnaître la personnalité.

23. Il faut remarquer qu'il n'est pas prescrit, à peine de

(1) Voy. Toullier, t. 5, n° 373. — Merlin, Rép., v° *Signature*, § 3. — Zachariæ, t. 5, pag. 78. — Troplong, *Donat.*, n° 1494 et suiv. — Cass., 23 mars 1824. Sirey, 24, 1, 245. — 10 mars 1829. Sirey, 29, 1, 173.

(2) Merlin, Rép., v° *Signature*, § 1, n° 8. — Zachariæ, t. 5, pag. 79 et 644.

nullité, de mentionner précisément à la fin de l'acte les formalités prescrites par l'article 14. Ce n'est pas à la place de la mention, mais à son défaut que la peine de nullité est attachée. Il est indifférent qu'elle se trouve, pourvu qu'elle soit d'ailleurs complète et régulière, au commencement, au milieu ou à la fin de l'acte. Il n'y a même pas à distinguer entre les actes ordinaires et les testaments, sous le prétexte que l'article 973 n'aurait point répété, pour les actes de cette dernière espèce, les dispositions de la loi du 25 ventôse an XI (1).

Notons encore qu'il ne suffit pas que le notaire mentionne simplement que les parties ne savent ou ne peuvent signer. C'est de leurs déclarations à cet égard qu'il doit faire mention, sans que toutefois il soit tenu, en cas qu'elles ne peuvent signer, d'indiquer la cause de l'empêchement.

Du reste, un avis du conseil d'État du 20 juin 1810 a décidé que le défaut de mention de la signature des notaires n'entraîne pas nullité. Il est ainsi conçu : « Considérant que si les expressions qui terminent le premier paragraphe de l'article 14 de la loi du 25 ventôse an XI, ont donné lieu d'élever la question de savoir si la nullité prononcée par l'article 68 s'étendait même au défaut de mention à la fin de l'acte, de la signature des notaires, cette question ne peut être que négativement résolue, d'après l'esprit de la loi et des règlements qui l'ont immédiatement suivie ;

» Qu'en effet, l'arrêté du 15 prairial an XI, donnant une formule pour la rédaction des actes et y rappelant les mentions nécessaires, n'y comprend point celle de la signature des notaires ; qu'ainsi la loi a été déjà expliquée presque au moment où elle venait de paraître ;

» Que toute interprétation contraire, outre qu'elle serait excessivement rigoureuse, serait sans aucune utilité pour la

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 108 et 630. — Cass., 4 juin 1823. Sirey, 23, 1, 265. — Poitiers, 16 avril 1842. Sirey, 43, 2, 268. — 18 juin 1844. Sirey, 44, 1, 489. — *Contrà*, Duranton, t. 9, n° 100. — Toullier, t. 5, n° 434 ; et t. 8, n° 95. — Cass., 18 août 1817. Sirey, 17. 1, 385.

société, et lui deviendrait même nuisible par l'application d'nne nullité inusitée dans tous les temps;

» Que si cette nullité a un but utile, en tant qu'elle s'applique au défaut de mention des signatures de parties ou de témoins, qui n'ont pas un caractère authentique, cette raison cesse à l'égard des notaires eux-mêmes, dont la signature est publique et devient la certification des autres. »

24. Les renvois et apostilles ne peuvent être écrits qu'en marge : ils seront signés ou paraphés, tant par les notaires que par les autres signataires, à peine de nullité des renvois et apostilles.

Si la longueur du renvoi exige qu'il soit transporté à la fin de l'acte, il devra être non seulement signé et paraphé comme les autres renvois écrits en marge, mais encore expressément approuvée par les parties, à peine de nullité du renvoi (art. 15).

Ainsi, il ne suffit pas que le renvoi transporté à la fin de l'acte soit écrit avant les signatures, alors même qu'on aurait mis une approbation au-dessous du renvoi, avant ces signatures; il doit être revêtu d'une approbation expresse, assortie d'une signature spéciale, indépendamment de celle qui s'applique au corps entier de l'acte (1). Et cette formalité d'une approbation expresse est indépendante des signatures ou paraphes qui doivent être apposés par les notaires et les autres signataires de l'acte.

Mais il ne faut pas considérer comme constituant un renvoi qui doive être expressément approuvé, nne clause additionnelle, précédant toutes les signatures, écrite à la fin de l'acte, indépendante des clauses antérieures, qu'elle ne restreint ni ne modifie, et faisant ainsi, en réalité, partie intégraute d'un seul et même acte. Elle est suffisamment couverte par les signatures ordinaires et générales (2).

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 630, n^te 24. — Cass., 23 mars 1829. SIREY, 29, 1, 138.

(2) Cass., 13 août 1844. SIREY, 44, 1, 791.

25. Il n'y aura ni surcharge, ni interligne, ni addition dans le corps de l'acte, et les mots surchargés, interlignés ou ajoutés seront nuls (art. 16).

Il suit de là que si la date ou l'un de ses éléments constitutifs est surchargé, interligné ou ajouté, l'acte est réputé non daté et nul (1).

Il en est de même, s'il s'agit des mots surchargés, interlignés ou ajoutés, concernant quelque énonciation essentielle, rigoureusement exigée pour la validité de l'acte.

26. Les notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu'ils reçoivent, à peine de nullité (art. 20, 68).

Sont exceptés les certificats de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de fermages, de loyers, de salaires, d'arrérages de pensions et rentes, et autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet (art. 20).

Telles sont les obligations unilatérales, lorsqu'elles n'excèdent pas une certaine somme d'argent.

Une déclaration du roi du 7 septembre 1723, encore en vigueur aujourd'hui, détermine d'autres actes comme pouvant être délivrés en brevet.

27. Quant à l'écriture, les actes notariés peuvent être indifféremment écrits par le notaire ou par son clerc, ou par toute autre personne. Différentes mains peuvent même concourir à la rédaction d'un seul et même acte.

28. Sous peine d'amende, les actes doivent être écrits en un seul et même contexte, lisiblement, sans abréviation, blanc, lacune ni intervalle;

Contenir les noms, prénoms, qualités et demeures des parties, ainsi que des témoins appelés pour certifier l'identité des parties;

Enoncer en toutes lettres les sommes et les dates;

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 630. — Duranton, t. 13, n° 52. — Merlin, Rép., v° *Ratification*, § 9. — Toullier, t. 8, n° 114. — Cass., 27 août 1812. Sirey, 12, 1, 369.

La minute doit mentionner que lecture de l'acte a été faite aux parties;

Les procurations des contractants doivent être annexées à la minute (art. 13).

En disant que les actes doivent être écrits en un seul et même contexte, la loi ne veut pas dire que le notaire doit rédiger l'acte de suite, sans divertir à autres actes, comme l'article 976 l'exige pour le testament mystique. Cette unité de contexte signifie seulement que les différentes parties de la teneur de l'acte doivent se suivre de manière à former un tout, à quelque date que chacune d'elles ait été rédigée. Les actes peuvent, en effet, porter plusieurs dates correspondantes aux époques diverses de leur passation, soit qu'il s'agisse d'un acte divisible dans ses parties, comme un inventaire, ou d'un acte qui n'existe que lorsqu'il a reçu son entière perfection d'une rédaction complète, comme une vente, un contrat de mariage.

Quant à la défense de laisser des blancs, elle ne s'applique point aux procurations que l'on appelle procurations en blanc, parce qu'elles ne sont point remplies du nom du mandataire, pour le choix duquel le mandant a ainsi toute latitude.

29. Les mots rayés devront l'être de manière que le nombre puisse en être constaté à la marge de leur page correspondante ou à la fin de l'acte, et approuvé de la même manière que les renvois écrits en marge, c'est-à-dire signés ou paraphés, tant par les notaires que par les autres signataires (art. 16).

Mais quel sera le sort des mots rayés, sans que le nombre en soit approuvé? Seront-ils nuls comme les mots surchargés, interlignés ou ajoutés? La loi ne s'en explique point, et son silence à cet égard a une signification que l'on ne peut méconnaître. Les ratures peuvent, en effet, être le résultat d'un accident ou d'une inadvertance, ou l'œuvre malicieuse d'un tiers, ou l'acte volontaire et réfléchi des contractants. S'il est établi qu'elles sont entièrement étrangères aux parties con-

tractantes, elles doivent être réputées non avenues, et l'acte vaut comme si elles n'avaient point eu lieu, pourvu, toutefois, que les endroits raturés, s'ils ont une importance réelle, ne l'aient pas été de manière à devenir complètement illisibles. Si le sens ne pouvait en être rétabli, soit par la lecture, soit par l'interprétation, soit par tout autre moyen de preuve pris en dehors de l'écrit lui-même, l'acte devrait être annulé dans son entier, du moment qu'il n'est plus l'expression complète de la volonté indivisible des contractants.

S'il est prouvé, au contraire, que les ratures sont leur fait volontaire et médité, dans ce cas l'acte est maintenu pour le surplus de sa teneur.

Que si elles portent sur des points insignifiants, elles sont dans tous les cas indifférentes.

Mais que doit-on présumer : ou qu'elles ont été opérées du consentement et de la volonté des parties, lors de la rédaction de l'acte, ou qu'elles ne l'ont été que plus tard, soit accidentellement, soit frauduleusement? La première présomption ne saurait être accueillie. Les ratures n'étant point régulièrement approuvées, l'acte, quoique régulier pour tout le reste, n'en couvre point l'existence de son authenticité. Elles restent en dehors de la foi qui lui est due (1).

La présomption naturelle est, au contraire, qu'elles n'existaient pas au moment de la rédaction de la minute, parce qu'on doit supposer que, si elles eussent existé à cette époque, le notaire n'aurait pas manqué, suivant son devoir, de les constater et approuver. Cette présomption, d'ailleurs, ne place pas nécessairement l'officier public sous le coup d'une suspicion de fraude et de faux. Elle admet aussi bien la pensée d'une erreur, d'une simple inadvertance de sa part que d'un acte de fraude et de mauvaise foi. Elle peut même accuser un tiers tout autant que lui.

De ce que les ratures non approuvées sont censées n'avoir point existé au moment de la rédaction de l'acte, il s'ensuit

(1) Voy. cep. MERLIN, Rép., v° *Ratification*, n° 9.

qu'elles sont nulles, réputées non avenues; et que les mots raturés, bâtonnés et cancellés sont en conséquence valables, à moins qu'il ne soit établi par toutes les circonstances, qui sont soumises à l'appréciation des juges, que les ratures ont été faites à dessein et du consentement des parties. Une présomption contraire aurait pour effet de livrer les actes à la merci de la fraude et de la mauvaise foi, sans que les contractants eussent, le plus souvent, le moyen de les démasquer (1).

30. Notons que les amendes édictées par la loi du 25 ventôse an XI, ont été réduites par celle du 10 juin 1824.

L'article 29 de la loi du 25 avril 1844, sur les patentes, porte que nul ne peut faire aucun acte pour tout ce qui est relatif à son commerce ou à son industrie, sans qu'il soit fait mention dans l'acte de sa patente, à peine d'une amende de vingt-cinq francs, tant contre le particulier sujet à patente, que contre l'officier ministériel qui a reçu ledit acte sans faire mention de la patente.

31. Les grosses seules sont délivrées en la forme exécutoire; elles sont intitulées et terminées dans les mêmes termes que les jugements des tribunaux (art. 25).

Il doit être fait mention sur la minute de la délivrance d'une première grosse à chacune des parties intéressées. Il ne peut lui en être délivré d'autre, à peine de destitution, sans une ordonnance du président du tribunal de première instance, laquelle demeurera jointe à la minute (art. 26, loi 25 ventôse an XI, et 844, C. pr.).

Chaque notaire est tenu d'avoir un cachet ou sceau particulier, portant ses nom, qualité ou résidence (art. 17). Quant au modèle uniforme qu'annonçait la loi de ventôse, il paraît qu'on l'attend encore.

Les grosses et expéditions des actes doivent porter l'empreinte de ce cachet. Mais la loi ne prononce aucune peine

(1) Toullier, t. 8, n°s 115 et 132. — Duranton, t. 13, n° 54.

pour l'omission de cette formalité, qui ne nuit en rien à l'authenticité ni à l'exécution de l'acte. La partie à laquelle on l'oppose pourrait tout au plus demander l'apposition du sceau, et les juges surseoir aux poursuites, parce qu'elle a pour objet de mieux garantir la sincérité et l'authenticité de la pièce (1).

Les actes notariés sont légalisés, savoir : ceux des notaires à la résidence des Cours d'appel, lorsqu'on s'en servira hors de leur ressort; et ceux des autres notaires, lorsqu'on s'en servira hors de leur département. La légalisation est faite par le président du tribunal de première instance de la résidence du notaire, ou du lieu où sera délivré l'acte ou l'expédition (art. 18).

Mais l'authenticité et la force exécutoire de l'acte sont indépendantes de cette formalité (2). Son inaccomplissement n'entraînerait point la nullité des poursuites. Il autoriserait tout au plus la partie à demander et les juges à ordonner un sursis jusqu'à la régularisation de la pièce (3).

32. Les actes notariés doivent être, sous peine d'amende, enregistrés dans un certain délai. Mais le défaut d'enregistrement dans le délai fixé pour l'accomplissement de cette formalité, n'en entraîne point la nullité, et ne les empêche pas de valoir comme authentiques.

Le notaire est simplement puni d'une amende, tandis que les actes des huissiers, en matière civile, non enregistrés dans les délais, sont, outre l'amende, frappés de nullité (4). Ce point est aujourd'hui constant.

33. Depuis l'ordonnance de 1539, articles 10 et 11, les actes notariés, judiciaires et autres, ont dû être rédigés en français. Le décret du 2 thermidor an II, sans toutefois en prononcer

(1) Toullier, t. 8, n° 60.

(2) Merlin, Rép., v° *Légalisation*, n° 2. — Cass., 10 juill. 1817. Sirey, 18, 1, 385.

(3) Toullier, t. 8, n° 59.

(4) Loi du 22 frimaire an VII, art. 33 et 34. — Voy. notamm. Troplong, *Hyp.*, n° 507.

la nullité, défend d'enregistrer aucun acte, même sous signatures privées, s'il n'est écrit en français. Mais un arrêté du 24 prairial an XI exigea seulement, lorsqu'on présenterait des actes sous seing privé à l'enregistrement, la production d'une traduction en français certifiée par un traducteur juré. Le même arrêté ordonna que tous les actes seraient rédigés en français dans les pays réunis à la France. Il autorisa, cependant, la traduction littérale de l'acte à mi-marge de la minute, dans la langue ou l'idiome du pays. Ceci se pratique encore, surtout en Alsace, où la langue française n'est pas la langue populaire.

Bien que le décret du 2 thermidor an II ne prononce point la nullité de l'acte écrit dans une autre langue, mais seulement, contre l'officier public, la peine de la destitution et de six mois d'emprisonnement, on ne saurait penser que la nullité n'en doive point être prononcée, conformément aux anciennes lois, qui n'ont été abrogées par celle du 25 ventôse an XI que dans ce qu'elles avaient de contraire (art. 69). La nullité des actes publics reçus en France, dans une langue autre que la langue française, est, en effet, fondée sur les considérations les plus élevées d'intérêt public et national. On peut dire des peuples qui n'ont point de langue légale officielle pour les actes émanés de l'autorité publique, qu'ils n'ont point de véritable nationalité. L'Etablissement d'une pareille langue est incontestablement l'une des plus puissantes causes de cette unité qui fait la force et la grandeur des nations. Or, s'il est un peuple où cette unité nationale éclate en traits plus saisissants, c'est la nation Française, qui la retrouve partout dans sa langue, dans ses mœurs, dans le système de son administration (1).

34. Nous venons d'indiquer les formalités générales auxquelles sont soumis les actes notariés ordinaires. Quant au

(1) TOULLIER, T. 8, n° 101. Il avait embrassé déjà (T. 5, n° 459) l'opinion contraire.—*Contrà*, MERLIN, Rép., v° *Langue française*.—FAVARD, Rép., v° *Langue française*.

testament, la loi l'assujettit à des formes spéciales que nous allons signaler.

Le testament par acte public est reçu par deux notaires en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins (971). Les témoins appelés devront être mâles, majeurs, Français, jouissant des droits civils (980).

Les conditions de capacité indiquées par le Code Napoléon quant aux témoins appelés pour être présents à un acte testamentaire, sont les seules exigibles. Ainsi, à la différence de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, l'article 980 n'exige pas que les témoins soient citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé.

Conséquemment, sont capables d'être témoins instrumentaires dans un testament, les individus atteints de démence, dans les intervalles lucides (1); les interdits pour cause de démence ou de fureur, durant les mêmes intervalles (2); les faillis (3); les individus domiciliés hors de l'arrondissement communal où l'acte est reçu (4); les domestiques même attachés au service de la personne ou du ménage (5); fussent-ils même au service du testateur ou des légataires (6); les parents ou alliés du testateur, et même le mari de la testatrice (7); les parents et alliés des notaires (8), à la différence de leurs

(1) L. 20, § 4, *ff. Qui test. fac. poss.* — MERLIN, Rép., v[is] *Tém. instr.*, § 2, n° 3. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 92.

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 92, n[te] 9. — *Contrà*, DURANTON, T. 9, n° 106.

(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 93, n[te] 12; et 627, n[te] 13.

(4) DURANTON, T. 9, n° 112. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 94. — Cass., 3 août 1841. SIREY, 41, 1, 865.

(5) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 94, n[te] 13. — DURANTON, T. 9, n° 111.

(6) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 95. — TROPLONG, *Donat.*, n° 1604. — Cass., 3 août 1841. SIREY, 41, 1, 865. — *Contrà*, DURANTON, T. 9, n° 115.

(7) MERLIN, Rép., v[is] *Tém. instr.*, § 2, n° 3. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 95. — DURANTON, T. 9, n° 116. — TOULLIER, T. 5, n° 399. — TROPLONG, *Donat.*, n° 1603.

(8) MERLIN, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, n° 8. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 95. — TROPLONG, *Donat.*, n° 1605. — *Contrà*, TOULLIER, T. 5, n° 402. — DURANTON, T. 9, n° 115.

clercs (975), et, à plus forte raison, de leurs domestiques et serviteurs (1); en un mot, les individus Français, jouissant de leurs droits civils, alors même qu'ils ne jouissent pas des droits politiques, tels que les faillis, leurs héritiers immédiats, ceux qui sont en état d'accusation ou de contumace, suivant la constitution de l'an VIII.

Le Code Napoléon contient ainsi, sur la capacité des témoins instrumentaires dans les testaments, un système complet, en dehors de la loi du 25 ventôse. S'il se montre, à cet égard, moins rigoureux qu'elle, c'est qu'il en exige un plus grand nombre que pour les actes ordinaires, et qu'il en compense, pour ainsi dire, la qualité par la quantité; c'est ensuite que le testament, par sa nature même et son caractère, demandait qu'une plus grande latitude fût laissée au notaire ou au testateur dans le choix des témoins, qui deviennent, par une marque de confiance personnelle, les confidents intimes de dernières volontés destinées à demeurer secrètes jusqu'à la mort de ce dernier.

35. Mais ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus (975), ni, comme nous venons de le dire, à plus forte raison, les domestiques et serviteurs de ces derniers.

Les formalités spéciales exigées pour la validité des testaments imposent encore elles-mêmes la nécessité de requérir des témoins instrumentaires la réunion de certaines qualités physiques et morales. Ainsi, sont incapables d'être témoins les sourds, les aveugles, les idiots (2), les muets, s'ils ne savent point écrire (3); ceux qui ne comprennent pas la langue dont

(1) TOULLIER, DURANTON, *ibid.* — TROPLONG, *Donat.*, n° 1606. — *Contrà*, MERLIN, ZACHARIÆ, *ibid.*
(2) Instit., *De ord. test.*, § 6.—L. 9, 21, C. *De test.*—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 91. — MERLIN, Rép., v^is *Tém. instr.*, § 2, n° 3. — DURANTON, T. 9, n° 104. — TOULLIER, T. 5, n° 391. — TROPLONG, *Donat.*, n° 1678.
(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 92. — TOULLIER, T. 5, n° 392. — DURANTON, T. 9, n° 104. — *Contrà*, TROPLONG, *Donat.*, n° 1679.

s'est servi le testateur (1), ni ceux qui n'entendent point celle dans laquelle le testament a été rédigé, à moins que, par certains procédés de traduction, ils n'aient été mis à même de connaître d'une manière exacte et complète les dispositions testamentaires (2).

36. Quant à la capacité personnelle des notaires qui reçoivent un testament, elle continue à être régie, en l'absence de dispositions spéciales dans le Code Napoléon, par les articles 6, 8 et 10 de la loi du 25 ventôse an XI.

37. Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté. S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être dicté par le testateur et écrit par ce notaire. Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins. Il est fait du tout mention expresse (972).

Ce testament doit être signé par le testateur; s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer (973).

Le testament devra être signé par les témoins; et, néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire (974).

Et toutes ces formalités sont prescrites à peine de nullité (1001).

Indépendamment de la solennité plus grande résultant du concours de deux notaires assistés de deux témoins, ou d'un notaire assisté de quatre témoins, le testament se distingue ici des autres actes notariés, surtout sous le rapport des formes spéciales de sa rédaction et des énonciations que l'acte doit contenir.

(1) Merlin, Quest., v° *Testament*, § 17. — Toullier, t. 5, n° 393. — Zachariæ, t. 5, pag. 92. — Troplong, *Donat.*, n° 1679.

(2) Toullier, t. 5, n° 393, en note. — Merlin, Quest., v° *Testament*, § 17. — Zachariæ, t. 5, pag. 92.

La dictée faite par le testateur au notaire; la rédaction de l'acte par le notaire et de sa main; la lecture du testament donnée au testateur, et non prise par lui; tout cela en présence des témoins, et de tout cela mention expresse dans l'acte, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer sur l'interpellation qui lui est faite; telles sont les particularités qui font du testament un acte tout exceptionnel. Nous nous bornons à les signaler, en observant que pour toutes les autres formalités à l'égard desquelles le Code ne contient aucune disposition expresse, c'est à la loi du 25 ventôse an XI qu'il faut recourir, comme étant la loi organique et fondamentale des actes notariés.

38. Quant au testament mystique, nous renvoyons aux articles 976 et suivants du Code Napoléon, en faisant remarquer seulement que cet acte se distingue des autres actes ordinaires, par le concours exceptionnel de six ou sept témoins; par la nécessité d'accomplir certaines formalités matérielles propres à assurer le secret, et de tout faire de suite et sans divertir à autres actes.

39. L'article 9 de la loi du 25 ventôse en exigeant, sous peine de nullité, que les actes fussent reçus par deux notaires, ou par un notaire asssisté de deux témoins, avait fait naître une très grave difficulté. De nombreux arrêts avaient interprété cette disposition en ce sens qu'elle n'exigeait point, sous peine de nullité, que le second notaire, ou les témoins instrumentaires fussent présents personnellement à la rédaction de l'acte; qu'il suffisait seulement, pour l'exécution de la loi et la validité de l'acte, que, sans avoir été présents à sa confection, ils signassent la minute, lorsque elle leur était présentée par le notaire rédacteur.

Cependant, la Cour de cassation venait de décider (1) que l'acte était nul, si les témoins instrumentaires n'avaient pas

(1) Cass., 25 janv. 1841. Sirey, 41, 1, 105 — 16 nov. 1841. Sirey, 42, 1, 128.

été présents à la réception de l'acte, et ne l'avaient signé qu'après coup. Cette jurisprudence alarma tout aussitôt de graves et nombreux intérêts. Le législateur comprit qu'il était de son devoir de les rassurer par une loi qui fixât, par voie d'interprétation, le véritable sens de l'article 9 de la loi du 25 ventôse. Cette loi est celle du 21 juin 1843.

Par son article 1, elle dispose que les actes notariés passés depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI, ne peuvent être annulés par le motif que le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires n'auraient pas été présents à la réception desdits actes.

Mais à l'avenir, les actes notariés contenant donation entre vifs, donation entre époux pendant le mariage, révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturels, et les procurations pour consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins.

La présence du notaire en second, ou des deux témoins, n'est requise qu'au moment de la lecture des actes par le notaire, et de la signature par les parties. Elle sera mentionnée, à peine de nullité (art. 2).

Quant aux contrats de mariage contenant donation entre vifs, faite par des tiers en faveur des époux, ou par les époux entre eux, l'article 2 de la loi du 21 juin 1843 leur est inapplicable. Le texte qu'il convient de prendre rigoureusement à la lettre, suffirait seul pour le décider. Mais la discussion de la loi ne laisse subsister aucun doute à cet égard. Le projet présenté par le gouvernement comprenait, en effet, les contrats de mariage, ainsi que le projet de la commission nommée par la chambre des députés. Pendant la discussion, et sur un amendement présenté par M. Hébert, ils en furent retranchés. A la chambre des pairs, M. Franck-Carré, rapporteur, s'expliqua nettement sur l'intention de la commission de maintenir cette supression. Les contrats de mariage, sans distinction entre ceux qui contiennent et ceux qui ne contiennent pas de

donation, sont donc restés dans la classe des contrats ordinaires (1).

Quant aux actes autres que ceux indiqués dans l'article 2, ils continuent à être régis par l'article 29 de la loi du 5 ventôse an, XI, tel qu'il est expliqué dans l'article 1 de la loi du 21 juin 1843 (art. 3).

Enfin, il n'est rien innové aux dispositions du Code Napoléon, sur la forme des testaments (art. 4).

La loi du 21 juin 1843 est simplement interprétative de celle du 25 ventôse. Elle s'applique, dès lors, à tous les actes antérieurs à sa promulgation, alors même qu'il y avait, à cette époque, contestation engagée sur la validité de l'acte, cet acte fût-il même un de ceux pour lesquels elle exige à l'avenir la présence réelle du notaire en second, ou des deux témoins (2).

40. Les parties peuvent donner à un acte sous seing privé le caractère de l'authenticité, en le déposant dans l'étude d'un notaire, et en faisant régulièrement constater le dépôt, soit qu'il ait pour objet d'en faire opérer la transcription, ou l'annexe à un autre acte, ou de lui donner une nouvelle rédaction.

Mais pour que cet acte devienne ainsi authentique, il faut que toutes les parties intéressées contre lesquelles il fait preuve concourent au dépôt; de telle sorte qu'il ne pourra valoir comme authentique que contre celles qui l'auront déposé, à moins qu'elles ne se soient donné réciproquement mandat pour le déposer en l'absence les unes des autres (3).

Cependant, le dépôt fait par celle des parties que l'acte constitue débitrice suffit, indépendamment du concours des autres, pour lui conférer contre elle le caractère de l'authenticité. Un semblable dépôt fait chez un notaire vaut, en effet, comme reconnaissance des écritures et signatures, et a la

(1) Bordeaux, 27 mai 1853. SIREY, 53, 2, 587.

(2) Cass., 20 déc. 1843. SIREY, 44, 1, 13.—23 déc. 1845. SIREY, 46, 1, 456.

(3) Caen, 22 juin 1824. DALLOZ, 25, 2, 112.

même force que si la reconnaissance ou la vérification en avait eu lieu en justice.

Il en est ainsi pour les contrats d'hypothèque (2127) (1), pour les contrats de mariage, pourvu qu'ils soient déposés chez le notaire avant la célébration du mariage, bien que l'article 1394 exige qu'ils soient rédigés par acte devant notaire (2), à moins qu'ils ne contiennent des donations de la part des tiers aux futurs époux, auquel cas ils n'ont aucune valeur à l'égard des tiers donateurs (3).

L'acte sous seing privé, ainsi devenu authentique par son dépôt en l'étude d'un notaire, peut dès lors servir de fondement à des poursuites en exécution, telles qu'une saisie immobilière (4).

Quant aux reconnaissances d'enfants naturels, l'acte sous signature privée devient également efficace lorsqu'il est déposé chez un notaire (5). Il n'y aurait dans ce cas aucune difficulté, si l'acte de dépôt contenait transcription ou relation de l'acte déposé, dans la partie qui renferme la reconnaissance (6).

Mais quant aux actes de donation, comme la forme authentique est de leur essence (931), un acte sous signatures privées déposé chez un notaire n'aurait, comme acte de donation, aucune espèce de valeur (7).

Il ne pourrait non plus valoir comme testament authentique

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 506. — Merlin, Rép., v° *Hyp.*, sect. 2, § 3, art. 6.—Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 67 et suiv.—Zachariæ, t. 2, pag. 139. — Toullier, t. 8, n° 200. — Maleville, art. 2127. — Cass., 15 fév. 1832, Sirey, 32, 1, 792.

(2) Troplong, *Contrat de mariage*, n° 185.—Duranton, t. 14, n° 43 —Zachariæ, t. 3, n° 395.—Rouen, 11 janv. 1826. Sirey, 26, 2, 217.

(3) Troplong, *Contrat de mariage*, n° 187.—Pau, 18 juin 1836. Sirey, 36, 2, 546.

(4) Zachariæ, t. 4, pag. 119.—Chauveau, sur Carré, *Quest.* 2198.—Bourges, 27 juin 1823. Sirey, 24, 2, 51.

(5) Toullier, t. 2, n° 951.—Duranton, t. 3, n° 218.—Merlin, Rép., v° *Filiation*, n° 12.—Proudhon, *Des personnes*, t. 2, pag. 111.—Favard, Rép., v° *Reconnaissance*, sect., 1, § 3, art. 2.

(6) Zachariæ, t. 4, pag. 52.

(7) Troplong, *Contrat de mariage*, n° 185.

ou mystique. Il vaudrait seulement comme testament olographe, s'il réunissait toutes les conditions exigées pour cette sorte de testament.

ARTICLE 1318.

L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par défaut de forme, vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties.

Sommaire.

1. Distinction entre l'authenticité et la preuve.
2. Dispositions de l'article 1318. Distinction.
3. Suite. Les articles 1325 et 1326 ne sont point alors applicables.
4. Cas où ils le deviennent.
5. Du cas où le notaire avait un intérêt personnel dans l'acte.
6. L'article 1318 est inapplicable, quand l'authenticité est essentielle. Exemples.
7. Mais les conventions particulières distinctes et indépendantes sont maintenues.
8. Faut-il que l'acte soit signé de toutes les parties? Conventions unilatérales.
9. Suite. Distinction entre le contrat et sa preuve. Force probante de l'acte.
10. Suite. Hypothèses diverses. Conventions synallagmatiques.
11. Opinion de M. Toullier critiquée. Les parties ne peuvent se rétracter.
12. La mort des parties n'empêche pas que le contrat ne soit formé.
13. Du cas où les parties conviennent de passer acte.
14. L'imperfection de l'acte peut faire présumer que le contrat n'a pas été définitivement formé.

COMMENTAIRE.

1. Dans tout acte authentique l'on doit distinguer le caractère d'authenticité et la force de preuve. Comme élément de constatation, cette dernière est indépendante de l'authenticité, qui ne fait que lui donner une valeur particulière et des effets exceptionnels que sans elle elle n'aurait pas. Elle peut donc subsister alors que celle-ci fait défaut; seulement, elle n'a point, dans ce cas, la même puissance qu'elle aurait eue en concourant avec elle. Il reste alors la preuve, mais sans authenticité.

Cependant, il est des cas fort nombreux où l'authencité même de l'acte est le seul principe de sa force probante. Alors quand l'une disparaît, l'autre s'évanouit en même temps. C'est ce qui arrive lorsque l'officier public qui a reçu l'acte, a seul, par sa signature, certifié, en cette qualité, la convention des parties, sans que ces dernières l'aient certifiée elles-mêmes par leurs signatures personnelles. Dans ce cas, il est impossible de séparer la preuve de l'authenticité.

2. Telles sont les dispositions de l'article 1318 : « L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties. »

Quel que soit le vice de forme, l'acte vaut toujours comme écrit sous seing privé, soit qu'il ait été passé en minute ou en brevet. Et même, dans ce dernier cas, il vaut comme écrit privé, quand bien même la loi prescrirait de le recevoir en minute (1).

Quant au défaut de signature du notaire, il ne constitue lui-même qu'un vice de forme, et il en est de même du défaut de signature des témoins. C'est ce qui résulte des articles 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI (2). Comme l'acte vaut alors comme écrit privé, les parties ne peuvent même invoquer l'absence de la signature du notaire, comme présomption qu'il est resté en simple projet, que si elles l'appuient d'ailleurs d'un commencement de preuve écrite.

Mais il faut distinguer, quant aux vices d'incapacité ou d'incompétence. Quelque généraux que soient les termes de l'article 1318, ils ne s'appliquent qu'aux cas d'incompétence ou d'incapacité qui concernent, soit le ressort, l'alliance ou la parenté, soit, enfin, la suspension, la destitution ou le remplacement (3). La nécessité de cette distinction résulte évidemment des dispositions de l'article 68 de la loi du 25 ven-

(1) Marcadé, art. 1318, n° 2.
(2) *Contrà*, Marcadé, art. 1318, n° 5.
(3) Duranton, t. 13, n° 76.

tôse an XI, que le Code Napoléon n'a fait que reproduire en les résumant,

3. Est-ce à dire que l'acte signé des parties ne vaudra pas comme acte sous seing privé, lorsqu'il sera nul pour un vice d'incapacité ou d'incompétence autre que ceux que nous venons d'indiquer? Tel n'est point l'objet de notre distinction. Elle se réfère seulement à la question de savoir si, pour valoir comme écrit privé, l'acte ne devra pas alors réunir les conditions spécialement prescrites pour la régularité des actes privés.

En principe, lorsque l'acte est annulé comme authentique, et qu'il vaut néanmoins comme écriture privée, sa force probante, à ce dernier titre, ne dépend point de l'accomplissement des formalités particulières exigées pour la validité d'un acte sous seing privé. Ainsi, il vaut comme écrit privé, à la seule condition qu'il soit signé des parties, sans qu'il doive être fait double, comme contenant des conventions synallagmatiques (1325) (1); ou qu'il doive contenir un *bon* ou un *approuvé* en toutes lettres, de la main du débiteur, comme constituant un billet ou une promesse unilatérale (1326) (2),

La raison en est bien simple. Les parties qui s'adressent à un fonctionnaire public pour la rédaction de leurs conventions, ne peuvent, dans une éventualité qu'elles ne sauraient même prévoir, songer à l'accomplissement de formalités étrangères à la passation des actes publics. L'article 1318, n'exigeant d'autre condition que la signature des parties, fait nécessairement exception aux articles 1325 et 1326. S'il fallait le combiner avec l'un ou l'autre de ces articles, et en subordonner l'application à l'observation des formalités qu'ils prescrivent, il en résulterait que ses dispositions ne seraient presque jamais

(1) DURANTON, T. 13, n° 71.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 642.—MALEVILLE. art. 1318.—FAVARD, Rép., v° *Acte notarié*, § 7, n° 5.—BONNIER, n° 377. — MARCADÉ, art. 1318, n°s 1 et 2. — LOCRÉ, T. 12, pag. 215. — Cass., 8 mai 1827. SIREY, 27, 1, 453.

(2) DURANTON, T. 13, n° 73.

appliquées. Elles en sont donc absolument indépendantes.

Peu importe même la nature du vice pour lequel l'acte a été annulé comme authentique. L'eût-il été pour défaut de signature de la part du notaire, il ne laisserait pas d'être affranchi des conditions du *fait double* ou du *bon pour* (1). Car ce n'est, après tout, qu'un défaut de forme.

4. Mais, supposons que l'acte, signé des parties, soit nul comme authentique, soit parce que l'officier public n'avait point qualité pour recevoir l'acte, qui était absolument en dehors de ses attributions (2); soit parce que les parties connaissaient sa suspension, sa destitution ou son remplacement; soit parce que l'acte a été reçu par le clerc du notaire, hors la présence de ce dernier, qui l'a signé ou ne l'a pas signé (3); dans ce cas, l'acte ne vaut point comme écriture privée, s'il n'a été fait double, avec mention du fait double, quand il contient des conventions synallagmatiques. C'est qu'alors les parties elles-mêmes ont à s'imputer la faute de ne s'être point adressées à l'officier public institué par la loi, pour imprimer à leur convention le caractère de l'authenticité, et d'avoir eu, au contraire, recours à un individu sans caractère légal et sans droit d'instrumenter. Elles sont, dès lors, censées n'avoir voulu attribuer à l'acte que les effets et la valeur d'une écriture privée, pour la validité de laquelle elles étaient tenues d'observer les formalités prescrites par l'article 1325.

S'il s'agissait d'un simple billet ou promesse, et que l'acte ne contînt ni *bon*, ni *approuvé*, conformément à l'article 1326, il ne vaudrait point également dans la même hypothèse, comme écriture privée, à moins que l'obligé signataire ne se trouvât dans l'une des exceptions prévues par le même article.

Nous verrons, sous l'article 1347, si ces actes peuvent au moins servir de commencement de preuve par écrit.

(1) *Contrà*, Riom, 13 juin 1855. Sirey, 56, 2, 273.

(2) Zachariæ, t. 5, pag. 642.—Duranton, t. 13, n° 74. — Marcadé, art. 1318, n° 5.

(3) Zachariæ, t. 5, pag. 642.—Paris, 17 déc. 1829. Sirey, 30, 2, 119. — Cass., 16 avril 1845. Sirey, 45, 1, 654.

5. L'acte nul comme acte authentique, parce que le notaire qui l'a reçu y était personnellement et directement intéressé, soit en son nom propre, soit sous le nom d'un tiers interposé, ne vaut également comme écriture privée, à l'égard de l'officier public, que lorsqu'il a été fait double, ou qu'il contient un *bon* ou *approuvé* en toutes lettres, conformément aux articles 1325 et 1326 (1). Autrement, s'il valait contre la partie signataire, il serait trop facile d'éluder des dispositions protectrices de la simplicité et de la bonne foi. Le notaire ne peut donc se faire un titre de son infraction à ses devoirs; tandis, au contraire, que l'acte vaut contre lui au profit de l'autre partie, parce que cette dernière a employé, en ce qui la concerne, une forme exclusive de formalités qui lui étaient étrangères, et qu'elle ne saurait être victime de l'infraction commise par son adversaire, sans que même elle ait à arguer l'acte de dol et de fraude.

Celui-ci ne pourrait même se prévaloir de l'acte comme constituant un commencement de preuve écrite en sa faveur. Il résulte, en effet, de l'article 1318, C. Nap., et de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, que l'acte nul ne vaut qu'à l'égard des parties contractantes qui l'ont signé. Or, on ne peut dire du notaire qui l'a reçu qu'il est partie contractante, puisqu'il ne l'a signé que comme officier public, et que sa signature, destinée à lui imprimer le sceau de l'authenticité, n'a été acceptée qu'à ce titre par l'autre partie. L'article 68 se préoccupe enfin si peu de l'intérêt du notaire, qu'en déclarant l'acte valable comme écrit privé, à l'égard des parties contractantes signataires, il leur accorde, s'il y a lieu, une action en dommages et intérêts contre l'officier public (2).

6. Il est évident que l'article 1318 cesse de recevoir son application dans le cas où la loi fait de la forme authentique la

(1) Orléans, 31 mai 1845. Sirey, 49, 2, 631. — Cass., 15 juin 1853. Sirey, 53, 1, 529. — *Contrà*, Douai, 10 fév. 1851. Sirey, 51, 2, 70. Cassé par arrêt du 15 juin 1853. Sirey, 53, 1, 655.

(2) Cass., 15 juin 1853. Sirey, 53, 1, 655.

condition essentielle de l'acte. Du moment qu'il ne vaut que comme écriture privée, il n'a absolument aucune valeur.

Tels sont les cas où il s'agit d'une donation, d'un contrat de mariage (1), de convention d'hypothèque (2).

Mais remarquons que, dans ce dernier cas, l'acte n'est frappé de nullité qu'en ce qui concerne l'hypothèque, et qu'il vaut, pour le surplus de la convention, comme écriture privée. Le créancier pourra, toutefois, en demander la résolution, si ses intérêts sont lésés par le défaut de la garantie hypothécaire promise et stipulée. Il pourra également poursuivre le débiteur en exécution de sa promesse, et exiger qu'il lui confère régulièrement l'hypothèque convenue, comme si elle avait été promise par un acte sous seing privé.

7. Dans le cas même où il s'agit d'un acte dont la validité est essentiellement subordonnée à la forme authentique, si cet acte contient en outre une convention pour laquelle un acte sous signature privée est suffisant, et que cette convention soit distincte et indépendante du surplus, il vaudra, quoique nul comme authentique, comme écriture privée pour cette dernière partie. Ainsi, le contrat de mariage, quoique nul comme acte authentique, vaudra néanmoins comme écrit privé, en ce qui concerne les cessions de droits que les futurs époux y ont pu faire en faveur de tiers étrangers.

8. Pour que l'acte nul comme authentique puisse valoir comme écriture privée, il faut qu'il soit signé des parties. Mais est-il nécessaire qu'il soit signé de toutes les parties? L'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI dispose que l'acte authentique nul pour contravention aux dispositions qu'il énumère, vaudra néanmoins comme écrit sous seing privé, s'il est signé de toutes les parties contractantes. Il semble donc que la question soit tranchée par cette disposition, et par l'article 1318 qui ne saurait avoir un sens différent. Ne nous hâtons point, cependant,

(1) Duranton, t. 14, n° 45. — Caen, 9 mai 1844. Sirey, 45, 2, 76.
(2) Duranton, t. 13, n° 69.

d'en conclure que la loi exige, à peine d'inefficacité, que l'acte soit revêtu de la signature de toutes les parties.

On ne peut d'abord s'empêcher de reconnaître que, s'il s'agit d'un acte par lequel une ou plusieurs personnes contractent des obligations unilatérales, tel qu'un prêt, un cautionnement, une reconnaissance, une promesse de payer, l'acte vaudra comme écriture privée, bien qu'il ne porte pas la signature du créancier, s'il est signé des obligés. De semblables actes ne sont, en effet, jamais signés du créancier; ils le sont seulement de celui ou de ceux qui s'obligent, et la loi ne saurait exiger que l'acte nul comme acte authentique remplît, pour valoir comme écrit privé, des conditions autres que celles qu'elle exige d'un écrit sous seing privé proprement dit (1).

9. Mais l'acte cessera-t-il d'avoir aucune valeur si l'un ou quelques-uns des coobligés ne l'ont point signé, soit qu'il s'agisse de convention unilatérale ou synallagmatique? Quant à celui ou ceux qui l'ont signé, l'acte conserve à leur égard, dans une certaine mesure que nous préciserons, la force probante d'un écrit privé; mais quant aux autres, à défaut de leurs signatures, il ne fournit absolument aucune preuve de leur engagement. Il n'est pas rare d'ailleurs, en droit, que la convention soit prouvée à l'égard de l'un des obligés, et qu'elle ne le soit pas à l'égard des autres. Or, dans une semblable hypothèse, que doit-on décider, soit quant à la valeur de l'acte comme preuve de la convention, soit quant à l'existence même du contrat, comme principe d'obligations?

Avant tout, il faut soigneusement distinguer le contrat duquel naissent les obligations, de l'acte destiné à en établir l'existence. Un contrat peut être entaché au fond de vices qui le soumettent à une action en nullité ou en rescision, et son existence être cependant établie par un acte parfaitement régulier et irréprochable sous tous les rapports.

Au contraire, il peut arriver qu'une convention valable existe, sans que l'acte destiné à la constater soit également

(1) Duranton, t. 13, n° 73. — Zachariæ, t. 5, pag. 643, n^te 57.

valable. L'on doit ainsi se garder de confondre la convention avec sa preuve. Or, nous supposons ici un contrat régulier, préexistant, et nous avons à apprécier, comme preuve de son existence, un acte nul comme acte authentique.

D'autre part, cette convention dont nous supposons la préexistence peut être établie autrement que par cet acte. Elle peut l'être, par exemple, par l'aveu des parties, par la preuve testimoniale, par des présomptions appuyées ou non d'un commencement de preuve par écrit. Ces moyens de preuve peuvent même concourir pour en constater l'existence, à l'égard de chacun des obligés contre lequel ils sont particulièrement proposables. Ils suppléent, à l'égard de celui ou de ceux qui n'ont point signé, l'absence de leurs signatures sur l'acte nul comme acte authentique. La convention sera donc prouvée vis-à-vis de ceux qui ont signé par l'acte même, et vis-à-vis des autres qui n'ont point signé, par tous autres moyens de preuve admis par la loi. Nous sommes donc déjà fondé à dire que l'acte nul comme authentique a néanmoins une certaine valeur comme écriture privée, à l'égard des parties qui l'ont signé.

Mais fera-t-il contre elles foi complètement? aura-t-il toute la force probante d'un véritable acte sous seing privé? Nous avons déjà dit que l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, voulait que l'acte nul, comme authentique, fût signé de toutes les parties contractantes, et que l'article 1318, sans être aussi formel, n'était cependant pas susceptible d'une interprétation différente. Alors donc que l'acte n'est pas signé de toutes parties, c'est-à-dire de tous ceux qui contractent quelque engagement, il n'a point toute la force probante d'un acte privé proprement dit, même à l'égard de ceux qui l'ont signé. Autrement, l'inobservation de la loi du 25 ventôse an XI et de l'article 1318 n'aurait aucune espèce de sanction.

Nous ajoutons que si l'acte continuait à faire preuve complète de la convention contre les signataires, il en résulterait une injuste inégalité entre leur position et celle des non signataires. Ces derniers pourraient, en effet, l'acte ne prouvant

rien contre eux, reconnaître ou dénier, suivant leur intérêt, l'existence de la convention (1).

La preuve sera même incomplète, dans le cas où les non signataires se sont obligés solidairement avec ceux qui ont signé l'acte. Leur concours dans l'obligation intéresse, en effet, les codébiteurs aussi bien que le créancier (2). L'acte demeure imparfait, par le défaut de signature d'un ou plusieurs obligés, ne vaudra donc, à l'égard des signataires eux-mêmes, que comme commencement de preuve par écrit.

Mais aussitôt que la convention est établie envers les non signataires, soit par leur aveu, soit par leur offre de signer l'acte, ou par tout autre moyen légal de preuve, l'acte commence à faire preuve complète contre les signataires. Son imperfection comme preuve étant d'ailleurs réparée, ils n'ont désormais ni droit ni intérêt de l'opposer.

10. De ces principes va maintenant découler la solution des autres questions que nous avons posées. Nous supposons un contrat par lequel plusieurs personnes se sont imposé des obligations unilatérales, et, pour l'établir, un acte nul comme authentique, qui n'est signé seulement que par un ou plusieurs des obligés. Si le créancier établit, suivant son droit, à l'égard de ceux qui n'ont point signé, l'existence de leur engagement par d'autres moyens légaux de preuve, il n'y a aucune difficulté ; la convention prouvée doit être exécutée.

Mais si cette preuve n'est point faite envers ceux qui n'ont point signé l'acte, la convention devra-t-elle être également maintenue, soit contre le créancier, soit contre les obligés signataires? Nous touchons alors à l'existence même du contrat.

S'il contient plusieurs engagements particuliers et indépendants les uns des autres, ou s'il est établi que, suivant l'intention commune des parties, l'obligation unique n'était point,

(1) Toullier, t. 8, n° 103. — Zachariæ, t. 5, pag. 643, n° 57.

(2) Toullier, t. 8, n° 103.

dans son accomplissement, subordonnée au concours de toutes les personnes qui y figurent comme obligés conjoints ou solidaires ; alors le contrat doit être maintenu et exécuté à l'égard du créancier et des obligés signataires, quoique, en l'absence d'une preuve régulière, par rapport aux autres, il ne puisse l'être à l'égard de ces derniers.

Mais s'il est établi, au contraire, que les divers engagements compris dans l'acte ont été considérés comme formant un tout indivisible, ou que l'exécution de l'obligation unique était subordonnée au concours de tous les obligés, dans l'un et l'autre cas la convention doit être résolue et révoquée, soit sur la demande du créancier ou sur celle des autres parties contractantes. Le défaut de preuve à l'égard des non signataires de l'acte ayant pour conséquence de les faire réputer non obligés, si le contrat était néanmoins maintenu à l'égard du créancier ou des autres contractants signataires, les seuls qui soient dès lors engagés, il en resulterait une violation de la commune intention des parties contractantes (1).

Tel est le cas d'un emprunt solidairement contracté par plusieurs, dont un seul ou quelques-uns seulement ont signé l'acte. Le créancier est intéressé à conserver les garanties résultant du concours solidaire de tous les emprunteurs ; et, de leur côté, les signataires de l'acte ne sauraient être retenus seuls comme engagés, parce qu'ils seraient privés du recours sur lequel ils ont dû compter contre leurs consorts non signataires.

Supposons maintenant une convention contenant des obligations synallagmatiques. Pour que l'acte nul comme authentique puisse valoir comme écriture privée, il faut qu'il soit signé également de toutes parties contractantes. Si une seule l'avait signé, il ferait sans doute, dans une certaine mesure, preuve contre elle ; mais la convention ne devrait être exécutée que dans le cas où elle serait établie contre l'autre partie par un moyen quelconque de preuve, par exemple, par son

(1) MARCADÉ, art. 1318, n° 4.

aveu. Car, du moment qu'elle contient des obligations synallagmatiques, elle ne peut exister pour l'une et ne pas exister pour l'autre.

Ainsi, lorsque le vendeur seul a signé l'acte, il y a contre lui preuve du contrat; mais il ne peut en poursuivre l'exécution contre l'acquéreur, qu'en justifiant à son égard l'existence de la vente par l'un des moyens de preuve autorisés par la loi.

La dénégation ou contestation opposée par la partie non signataire, rend immédiatement à celle qui a signé l'acte toute sa liberté. N'existant plus pour elle, le contrat n'existe pas non plus à l'égard de son adversaire.

Si le contrat contenant des obligations synallagmatiques intéresse de part et d'autres plusieurs personnes engagées conjointement ou solidairement, et qu'il résulte de leur intention commune qu'il ne doit être exécuté qu'à l'égard de tous, son exécution étant subordonnée, dans ce cas, au concours de toutes parties, le défaut de signature de la part de quelques-uns autorise les signataires à demander que le contrat soit révoqué et considéré comme inexistant. S'il était, en effet, exécuté à l'égard des seuls signataires, cette exécution divisée en serait la violation formelle; et, si l'exécution en était totale et indivisible envers eux, elle aggraverait d'une manière inique les obligations qu'ils ont contractées (1).

Ce n'est pas que l'acte réduit à la valeur d'un acte sous seing privé ne fasse point preuve contre les signataires; mais le contrat n'étant point également établi à l'égard de tous, ce défaut de preuve, qui en altère l'indivisibilité, a pour conséquence d'en entraîner, par rapport à tous, la révocation absolue.

Du reste, il peut être suppléé par la production d'autres éléments de preuve; et, aussitôt que les signataires de l'acte intéressés à l'exécution de la convention en auront légalement prouvé l'existence envers les non signataires, elle devra rece-

(1) Cass., 26 juill. 1832. SIREY, 32, 1, 492.

voir son exécution. Mais l'administration de cette preuve serait tardive et irrecevable, si elle n'avait lieu qu'après que la révocation de la convention aurait été prononcée ou reconnue.

11. M. Toullier (1) semble n'attacher au défaut de signature de la part d'un ou de plusieurs contractants, d'autre effet que d'autoriser les signataires à rétracter leur consentement, et à se dégager du contrat au moyen de cette rétractation, mais seulement tant que les non signataires n'ont pas eux-mêmes déclaré accepter la convention, y adhérer et être prêts à donner leurs signatures.

Cette opinion nous paraît reposer sur une confusion manifeste. Il est, en effet, inexact de prétendre que le défaut de signatures de la part de quelques-uns sur l'acte destiné à en constater l'existence, rende la convention imparfaite. Ceci nous étonne, d'autant plus que M. Toullier s'est appliqué avec le plus grand soin à distinguer le fait même du contrat des moyens de preuve. Non, la convention n'est point imparfaite, parce que l'acte n'est pas revêtu de la signature de tous les contractants. C'est seulement sa preuve qui est incomplète, et, si l'insuffisance ou l'absence de preuve autorise une dénégation, on ne peut dire qu'elle autorise une rétractation, alors surtout qu'il s'agit d'une rétractation émanée d'un signataire de l'acte. La seule chose qu'il puisse faire, nous l'avons déjà dit, c'est de se fonder sur ce que les non signataires ne sont point également engagés, pour poursuivre la révocation du contrat, lorsqu'il est intéressé à ce que tous concourent à son exécution. Mais cette demande de révocation n'est point une rétractation de consentement; car, bien loin de supposer l'imperfection du contrat par le défaut de lien, elle en suppose seulement l'inexistence à défaut de preuve. Il est si bien supposé formé, que les parties signataires sont admises à fournir la preuve de son existence par tous les moyens légaux.

(1) T. 8, nos 135 et suiv.

12. Il est, par suite, inexact de prétendre, comme s'il s'agissait d'un projet de convention resté à l'état de simple proposition, que le contrat ne peut plus utilement se reformer après la mort de l'une des parties signataires ou non signataires de l'acte; que, de ce moment-là, le concours des volontés n'est plus possible; que, dès lors, les signataires offriraient vainement d'exécuter à eux seuls le contrat, de même que les non signataires en reconnaîtraient vainement l'existence, ou déclareraient qu'ils sont prêts à signer l'acte (1).

Cette opinion de M. Toullier, contraire à tous les principes, résulte d'une fausse appréciation de la situation des parties. Il ne s'agit point, en effet, de l'inexistence ou de l'imperfection du contrat, mais seulement de sa preuve. Or, les heritiers de toutes parties, si la convention n'est propre à la personne de leur auteur, peuvent toujours efficaceement en reconnaître ou en établir l'existence.

13. Il arrive quelquefois que les parties conviennent qu'il sera passé acte de leur contrat, en en faisant dépendre l'existence de la passation régulière et légale de cet acte qui doit en contenir la preuve. Son irrégularité suffit alors pour établir la défaillance de la condition, et pour faire considérer le contrat qui dépendait de son accomplissement, comme n'ayant jamais existé (2).

Mais il ne faut point assimiler ce cas à celui où les parties seraient convenues de passer acte de leur convention, sans en subordonner l'existence à la régularité et à la perfection de l'acte à intervenir. Tout irrégulier et imparfait qu'il soit comme preuve, cet acte n'en établit pas moins un commencement de preuve contre les parties signataires, sauf à celles qui en poursuivent la reconnaissance ou l'exécution à en établir l'existence contre les autres parties non signataires, par tous les moyens de droit (3).

(1) TOULLIER, T. 8, n° 139.
(2) TOULLIER, T. 8, n° 140.
(3) TOULLIER, *ibid.* — DURANTON, T. 13, n° 79.

11. L'état d'imperfection de l'acte, nul comme authentique, peut souvent servir lui-même à prouver que les parties n'ont rien fait de définitif, et qu'elles se sont arrêtées dans la consommation du contrat.

Par exemple, le défaut de signature de quelques-unes des parties, sachant signer, peut, suivant les circonstances, faire présumer que la convention n'est qu'une ébauche qui n'a rien d'obligatoire pour personne. Mais cette présomption, si elle n'est corroborée par d'autres indices, est généralement bien faible, lorsqu'il s'agit d'un acte passé dans la forme authentique, parce que l'intervention d'un officier public fait supposer que le contrat avait été déjà formé entre les parties, et que celles-ci n'ayant plus le droit de s'en départir, ne sont pas facilement présumées s'être rétractées.

Article 1319.

L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants-cause. — Néanmoins, en cas de plainte en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte.

Sommaire.

1. Ce que c'est que l'authenticité.
2. De la force probante et de la force exécutoire des actes.
3. Des choses dont l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux.
4. Suite.
5. Suite.
6. Suite.
7. De la foi due aux opinions personnelles de l'officier public.
8. Suite.
9. Différences entre la preuve et la validité de la convention ou disposition.
10. Renvoi, quant aux moyens de preuve admissibles pour en établir l'inefficacité ou la nullité.

COMMENTAIRE.

1. Dans son sens rigoureux et propre, le mot, authentique, signifie qui a un auteur certain. L'acte dressé par un officier public ayant droit d'instrumenter est donc authentique, parce que sa signature, qui est l'expression définitive de son attestation personnelle, est réputée certaine et connue. C'est dans cette certitude présumée, que la loi place et trouve des garanties de vérité et de sincérité, dont l'authenticité de l'acte est à la fois l'expression et le résultat.

Mais l'authenticité elle-même n'est attachée qu'au caractère dont est revêtu l'officier public. Quelque certaine, connue et incontestable que soit la signature d'une personne privée, elle ne saurait attribuer à l'acte auquel elle est opposée aucun caractère authentique. Le droit de le conférer est une prérogative de l'autorité publique, prérogative qui, par l'effet de la délégation du souverain, n'appartient qu'au fonctionnaire auquel la loi donne sa confiance et dont elle consacre le témoignage.

Ce n'est pas que la signature de l'officier public ne puisse

être réellement non connue, fausse ou contrefaite. Mais elle a pour elle une présomption de notoriété, de certitude et de sincérité qui doit être combattue par la partie qui la conteste, au moyen de l'administration, suivant certaines règles, de la preuve contraire.

Pour mieux garantir la vérité et la sincérité de la signature de l'officier public; pour donner autant que possible à la fiction de notoriété de droit sur laquelle l'authenticité est fondée, le caractère d'une notoriété réelle de fait, la loi exige en général sur l'acte représenté l'apposition du sceau du fonctionnaire, et, dans certains cas, la légalisation de sa signature.

Le sceau, sans suppléer la signature et en tenir lieu, comme dans les temps d'ignorance et de barbarie, n'a aujourd'hui d'autre effet que d'en appuyer et corroborer la présomption de sincérité. Il n'est qu'un signe matériel et une marque sensible de l'autorité publique de laquelle l'acte est émané.

Quant à la légalisation, elle est l'attestation que donne le magistrat supérieur, de l'existence et de la vérité de la signature apposée par l'officier public. Mais, nous l'avons déjà remarqué, l'absence du sceau ou de la légalisation n'altère en rien le caractère authentique de l'acte, et autorise seulement le juge à surseoir jusqu'à ce que ces formalités accessoires aient été remplies.

2. Nous n'avons à nous occuper ici que de la force probante de l'acte authentique, et nullement de sa force exécutoire. Nous remarquerons seulement que les actes authentiques sont les seuls qui emportent voie d'exécution parée; que cette force exécutoire de l'acte est elle-même, plus encore que sa force probante et à un degré plus éminent, attachée à la prérogative de l'autorité publique, bien qu'elles soient l'une et l'autre également inséparables du caractère d'authenticité. Nous ajouterons que, si les actes exécutoires sont tous essentiellement des actes authentiques, tout acte authentique n'est point par cela seul susceptible d'exécution parée. Ainsi, les

actes notariés et de justice, sont les seuls qui soient investis de la force exécutoire.

Quant à la force probante des actes authentiques, l'article 1319 est ainsi conçu : « L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes, et leurs héritiers ou ayants-cause. » C'est cette pleine foi qui caractérise l'authenticité, lorsqu'on considère l'acte comme constituant un moyen de preuve.

3. La loi veut-elle dire que l'acte authentique fait pleine foi de tous les faits qu'il mentionne; qu'il n'y a à faire entre eux, sous ce rapport, aucune espèce de distinction ? Les principes sont sur ce point depuis longtemps solidement arrêtés. L'acte authentique ne fait pleine foi que des faits dont l'officier public qui les y a mentionnés a été, dans l'exercice de ses fonctions, personnellement l'agent ou le témoin.

Ainsi, quant à sa passation, l'acte fait foi de l'identité, soit des parties, soit du fonctionnaire, soit des témoins instrumentaires qui y figurent; des signatures qui y sont apposées; du lieu où il a été reçu; de la date qu'il énonce; enfin, de l'accomplissement de toutes les formalités dont il indique l'observation, ainsi que des conditions matérielles de sa rédaction même, telles que la ponctuation (1).

4. Quant au fait juridique lui-même, *res ipsa*, soit qu'il s'agisse d'une convention ou d'une disposition, l'acte authentique fait également foi de ce qui y est constaté comme ayant été convenu, disposé, énoncé, déclaré, dit ou fait par les parties, en sa présence et dans l'exercice de ses fonctions (2).

M. Toullier (3) a donc raison de critiquer la rédaction de l'article 1319; ce n'est pas, en effet, de la convention seulement que l'acte authentique fait pleine foi, c'est encore de tout fait quelconque que l'officier public y a régulièrement mentionné

(1) Limoges, 14 août 1810, et Cass., 12 juin 1811. SIREY, 12, 2, 385.
(2) TOULLIER, T. 8, n°s 144 et suiv. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 633. — MARCADÉ, art. 1319, n° 1.
(3) T. 8, n° 147.

comme ayant été accompli par lui-même ou en sa présence. Mais, dans cette limite, il fait pleine foi, sans qu'il soit besoin de vérifier préalablement, soit la signature du fonctionnaire public, soit celles des parties et des témoins instrumentaires; sans qu'il soit besoin non plus que le demandeur justifie ou explique au préalable la sincérité et la vérité des mentions régulièrement établies, sur lesquelles il fonde ses prétentions. L'acte authentique se suffit à lui-même pour la justification de sa teneur, et la partie qui en conteste les énonciations doit, ainsi que nous l'expliquerons plus loin, se pourvoir contre la foi absolue et complète qui lui est due, par une procédure particulière, connue sous le nom de l'inscription de faux.

5. Afin de dissiper autant que possible toute espèce de confusion sur ce point, nous devons insister sur les conditions requises pour que l'acte authentique fasse pleine foi de ses mentions et constatations. Il faut que les faits dont il mentionne l'existence soient tels que l'officier public les ait accomplis lui-même personnellement, ou qu'ils aient été accomplis en sa présence, dans l'exercice de ses fonctions. Si, en effet, la loi consacre son témoignage, et si elle lui confère l'éminente prérogative d'attribuer à l'acte de son ministère le caractère de l'authenticité, ce n'est qu'à la condition qu'il pourra, soit comme agent lui-même, ou comme témoin, rendre personnellement témoignage des faits qu'il énonce. Or, il ne pourra témoigner que des faits dont il aura acquis une connaissance personnelle par ses propres sens de l'ouïe ou de la vue. Le notaire, par exemple, et ceci est vrai de tout officier public, ne peut dresser acte que de ce qui a été fait en sa présence par les parties, sous le consentement de ces dernières, et dont il a une connaissance personnelle, pour l'avoir, de ses propres sens, vu et entendu : *Tabellarius non potest instrumentum conficere nisi de eo tantum quod in suâ præsentiâ geritur a partibus et ab earum consensu pendet, cujus notitiam et scientiam habet propriis sensibus visûs et auditûs* (1).

(1) Dumoulin, *Cout. de Paris*, tit. 1, § 8, n° 64.

L'acte authentique fera donc pleine foi de la numération d'espèces qui aura eu lieu en présence du notaire, ou de la prise de possession qu'il aura été requis de constater sur place. Ce sont des faits qu'il a connus, pour les avoir vus s'accomplir, ou les avoir accomplis lui-même.

Mais que les parties aient déclaré seulement que les espèces avaient été précédemment comptées, la prise de possession antérieurement effectuée; l'acte authentique fera bien pleine foi de l'existence de cette déclaration de leur part; mais comme l'officier public n'a point concouru personnellement, comme auteur ou comme témoin, à la numération des deniers ou à la prise de possession, et qu'il ne peut, dès lors, les constater que sur la déclaration qui lui en a été faite, son acte cesse de faire pleine foi, jusqu'à inscription de faux, de l'existence et de la sincérité des faits qui lui ont été déclarés. Les parties seules en ont porté et pu porter témoignage; quant à l'officier public, il n'a fait que le recueillir comme rédacteur de leurs déclarations à cet égard, sans qu'il puisse en attester l'exactitude et la vérité.

Cette distinction conduit à la conséquence suivante: si la partie à qui on l'oppose conteste et dénie la déclaration ou reconnaissance du payement, soit de la prise de possession antérieure, elle sera tenue de se pourvoir contre la pleine foi due à l'acte authentique par la voie de l'inscription de faux. Si, au contraire, sans contester ni dénier cette déclaration ou reconnaissance émanée d'elle, elle se borne à prétendre que le payement ou la prise de possession reconnus et déclarés sont des faits inexacts, faux ou simulés, elle ne sera pas obligée de combattre la foi due à l'acte par la voie extraordinaire et exceptionnelle de l'insciption de faux. Il lui suffira d'administrer la preuve contraire.

6. Mais ce n'est point assez que l'officier public ait acquis par ses propres sens une connaissance personnelle des faits qu'il mentionne dans son acte. Il faut qu'il l'ait acquise dans l'exercice même de ses fonctions, et au moment même de la

passation de l'acte, *tempore instrumenti gesti*, comme dit Dumoulin (1).

Alors seulement il a le droit d'en rendre un témoignage public, et de conférer à son acte le caractère d'authenticité. Quant aux faits qu'il aurait connus hors de l'exercice actuel de ses fonctions, alors même qu'ils se réfèrent à une convention, une disposition ou tout autre acte qu'il a été requis plus tard de constater, il ne peut les établir et en témoigner authentiquement que sur la déclaration des parties contractantes, sans que la mention qu'il en aura faite dans l'acte établisse, jusqu'à inscription de faux, l'existence et la sincérité du fait en lui-même. Tel est le cas où un notaire, en dehors de ses fonctions, a été présent au payement anticipé du prix d'une vente dont plus tard il a rédigé acte, en mentionnant, sur la déclaration des parties, le payement qu'il ajoute avoir été fait antérieurement en sa présence. Foi est due à l'acte, jusqu'à inscription de faux, quant à l'existence de la déclaration faite; mais il n'en est pas ainsi du fait même du payement dont le notaire, du moment qu'il en a acquis connaissance hors de ses fonctions, n'en peut rendre et n'en rend effectivement qu'un témoignage privé.

7. Quant aux énonciations qui ne sont que l'expression de l'appréciation individuelle de l'officier public, elles ne font pas foi jusqu'à inscription de faux de la vérité des faits auxquels elles se rapportent. Qu'un notaire, par exemple, mentionne dans une donation, dans un testament ou dans tout autre acte, que l'esprit des parties était sain, leur consentement libre et éclairé; une pareille mention ne fait nullement preuve de l'état moral et intellectuel qu'elle exprime. De semblables faits, par leur nature même, échappent à toute authenticité, parce que l'officier public ne peut en apprécier l'existence que par les lumières de sa propre raison, sujette à erreur, sans qu'il puisse

(1) TOULLIER, t. 8, nos 145, 148 et suiv.

s'en convaincre par le témoignage de ses sens (1). La preuve contraire est donc recevable sans inscription de faux ; car elle n'attaque point l'acte dans les énonciations que le notaire avait qualité et droit d'y insérer en leur imprimant le sceau de l'authenticité. Mais il y aurait nécessité de prendre la voie de l'inscription de faux, si les faits articulés pour établir la démence et l'insanité de la personne, étaient en contradiction avec ceux que le notaire a pu constater en les marquant du sceau de l'authenticité. Tel serait le cas où le notaire ayant établi dans son acte que le testateur a dicté son testament, on offrirait la preuve, en vue d'établir son imbécillité ou son insanité d'esprit, qu'il pouvait à peine articuler des mots qui fussent entendus (2).

Hors ces cas particuliers, l'exception cesse, et la règle reprend son empire ; c'est-à-dire que les mentions qui ne font qu'exprimer l'appréciation individuelle du notaire, peuvent être contredites sans inscription de faux préalable.

8. Il en est de même des mentions de toute nature concernant les qualifications données aux parties, ou les circonstances morales de l'acte, soit que l'officier public les y ait insérées comme expression de son opinion personnelle, ou comme expression des déclarations faites à cet égard par les parties contractantes.

Ainsi, le contrat de mariage a eu lieu le même jour que l'acte de mariage. Dans le contrat il est énoncé que les parties qualifiées de futurs époux ont, dans la vue du mariage proposé, ainsi réglé leurs conventions matrimoniales. Plus tard on prétend que le contrat est nul, comme ayant été passé après la célébration du mariage. La preuve est admissible sans inscription de faux. Les énonciations de l'acte ne sauraient, en effet, légalement prouver que le mariage n'a point été célébré antérieurement à la rédaction du contrat, parce qu'elles sont

(1) Toullier, t. 8, n° 145, en note.—Zachariæ, t. 5, pag. 16 et 633. — Boncenne, *Procédure civile*, t. 4, pag. 35.

(2) Cass., 1er déc. 1851. Sirey, 52, 1, 25.

étrangères aux faits que le notaire avait qualité et mission de constater. Que si on prétend que la qualification de futurs époux, et l'énonciation que le mariage était simplement projeté, sont le résultat des déclarations faites par les parties contractantes, l'acte prouve bien alors, jusqu'à inscription de faux, que ces déclarations ont été faites au notaire; mais elles ne font pas également preuve que le mariage n'avait point été célébré avant la rédaction des conventions matrimoniales. La preuve contraire est donc recevable, sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire préalablement en faux (1).

9. Il est une autre confusion contre laquelle il importe de se tenir en garde. Autre chose est l'existence de la convention, de la disposition ou de tout autre acte, lorsqu'il s'agit simplement d'en administrer la preuve; autre chose, leur validité et efficacité, lorsqu'il s'agit d'en poursuivre et obtenir l'exécution. Cette différence est, en quelque sorte, la même qu'entre la forme et le fond.

Considéré comme moyen de preuve, l'acte authentique fait sans doute pleine foi, jusqu'à inscription de faux, des conventions, dispositions, déclarations, aveux, reconnaissances, interpellations, réponses, numérations de deniers, réceptions et prises de possession de choses mobilières ou immobilières, en un mot, de tous les faits juridiques pour la constatation desquels le ministère de l'officier public a été régulièrement requis et exercé. En contester ou dénier l'existence ou l'exactitude, c'est attaquer la foi due à l'acte, parce que ces faits sont de ceux de la vérité et sincérité desquels le fonctionnaire a pu se convaincre sur le témoignage de ses sens, et à la constatation desquels il a pu dès lors attacher le caractère d'authenticité.

Alors, au contraire, qu'il s'agit au fond de la validité ou de l'efficacité de la convention ou de la disposition en elle-même, la même foi que la loi commande envers l'acte authentique cesse de lui être due. Il n'en fait plus preuve absolue et com-

(1) Cass., 18 août 1840. Sirey, 40, 1, 785.

plète jusqu'à inscription de faux, et foi ne lui est due seulement que jusqu'à preuve contraire. La partie qui l'attaque est tenue alors d'administrer cette preuve, conformément aux principes généraux du droit qui lui imposent la charge de prouver sa demande ou son exception.

Quel que soit le caractère d'authenticité dont l'acte est revêtu, la partie ou le tiers qui attaque la convention ou la disposition, pour cause de simulation ou de nullité, pourra donc, sans être assujetti à l'inscription de faux, administrer par tous les moyens de droit la preuve de son exception ou de sa demande. Il n'attaque point en effet, dans ce cas, la pleine foi due à l'acte authentique; il ne conteste ni ne dénie l'exactitude et la vérité des mentions qu'il contient, en tant qu'on le considère comme moyen de preuve. Il se borne, sauf respect pour l'authenticité de l'acte, à attaquer au fond et en elles-mêmes la convention ou la disposition, pour cause de simulation ou de nullité, à raison des vices intrinsèques et radicaux dont elles sont affectées. Or, ces vices constituent des faits moraux qui, par leur nature même, demeurent tout à fait en dehors du caractère authentique de l'acte, puisque l'officier public, qui ne peut les connaître par ses propres sens, ne peut faire de leur existence ou non existence l'objet d'aucune mention ou constatation régulière. L'action en simulation, en rescision ou en nullité est donc tout aussi recevable contre la convention constatée par acte authentique, que si elle était dirigée contre une convention établie par acte sous signature privée (1).

Ainsi, la preuve de la simulation frauduleuse d'une quittance authentique est recevable sans inscription de faux (2). On peut de même établir, l'article 1319 recevant exception quand l'acte est attaqué pour cause de dol, de fraude et de nullité, qu'il constitue non une donation, ni une cession de droits successifs aux risques et périls des cessionnaires, mais

(1) TOULLIER, T. 8, n° 65.— ZACHARIÆ, T. 5, pag. 635.— DURANTON, T. 13, n° 85. — BONCENNE, *Procédure civile*, T. 4, pag. 3.

(2) Cass., 4 fév. 1836. SIREY, 36, 1, 839.

un acte équivalent à partage, ayant pour objet de faire cesser l'indivision (1).

Comme il n'y a pas de principe plus incontestable en droit et mieux établi en jurisprudence, il nous suffit d'énoncer d'une manière générale que, sans recourir à l'inscription de faux, alors même que l'on argumente, à l'appui de ses prétentions, de l'invraisemblance, de la fausseté et des contradictions des mentions contenues en l'acte authentique, on peut, par la preuve contraire, simplement proposée et admise suivant les principes généraux du droit, établir, par exemple, que l'acte est nul ou rescindable pour cause d'erreur, de dol, de violence, d'incapacité ou de tout autre vice;

Qu'il contient une simulation dans sa cause et dans son caractère; qu'ainsi, l'acte portant en apparence les caractères extérieurs d'une donation constitue en réalité un acte à titre onéreux, ou bien, au contraire, que l'acte déguisé sous les apparences d'un contrat à titre onéreux, n'est au fond qu'une donation excédant la quotité disponible ou faite à un incapable;

Qu'en fraude des droits des tiers qui sont admis à exercer le retrait, l'acte authentique énonce un prix exagéré pour la cession de droits successifs (841) ou de droits litigieux (1699), ou qu'il mentionne faussement, dans ce dernier cas, que la cession a été faite à un créancier du cédant, et en payement de ce qui lui est dû (1701);

Que la numération des deniers, faite en la présence du notaire et constatée dans l'acte authentique, n'a été qu'une simulation frauduleuse et un jeu destiné à masquer, soit une stipulation usuraire, soit toute autre fraude commise à la personne ou à la loi;

Enfin, que la convention, bien qu'elle présente en apparence les caractères légaux de tout autre contrat licite, ne constitue en réalité et au fond qu'une convention contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, ou prohibée par la loi.

10. La seule difficulte qui se présente alors est, non pas de

(1) Cass., 2 mars 1837. Sirey, 37, 1, 985.

savoir si la preuve, sans inscription de faux, est admissible, mais quels sont les moyens de preuve recevables, c'est-à-dire si le demandeur peut établir ses prétentions par la preuve testimoniale et par simples présomptions, ou bien, au contraire, s'il doit les justifier au moyen d'une preuve écrite, ou tout au moins d'un commencement de preuve par écrit. Nous examinerons ailleurs cette question (1).

11. Le caractère authentique de l'acte ne fait pas non plus obstacle à ce que l'on puisse, sans inscription de faux, prétendre que la convention a été modifiée, bien que l'acte ne le mentionne pas ou énonce le contraire, par des clauses particulières qui ont été stipulées, pour y déroger, avant, lors ou depuis cet acte (2).

Ainsi, le débiteur est autorisé à prouver qu'il a terme pour le payement; que sa dette est soumise à une condition suspensive ou résolutoire; qu'il ne doit pas d'intérêts, ou qu'il les doit à un taux moindre; que le montant de son obligation doit être réduit, bien que l'acte authentique qui constate l'engagement garde, sur ces divers points, un silence complet, ou contienne des mentions expressément contraires. Une semblable offre de preuve, outre ou contre la teneur de l'acte, ne constitue pas, en effet, une attaque qui soit dirigée contre la foi due à l'acte authentique. Il n'en continue pas moins de faire preuve de l'existence et de la vérité des faits qui y sont établis avec le caractère de l'authenticité. Mais comme les clauses particulières par lesquelles le demandeur prétend que la convention a été modifiée, n'ont été ni débattues, ni arrêtées en sa présence, l'officier public n'a eu ni qualité ni droit d'en constater l'existence ou la non existence. Les mentions et constatations insérées dans son acte ne sauraient donc ni en exclure l'existence, ni en repousser la preuve, bien qu'elles fassent pleine foi des faits qui forment la matière de la convention et y sont authentiquement établis.

(1) Voy. 1348, nos 14 et suiv.
(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 636.

12. Mais quels sont, dans ce cas, les moyens de preuve contraire admissibles? Le demandeur est-il autorisé à faire la preuve offerte au moyen de simples témoignages ou de présomptions? Doit-il, au contraire, administrer une preuve écrite? Ou, s'il invoque des témoignages ou des présomptions, ne doit-il pas, pour faire accueillir ce genre de preuve, les appuyer sur un commencement de preuve par écrit? Questions importantes, dont nous renvoyons l'examen au commentaire de l'article 1341.

13. La preuve est également admissible, sans inscription de faux, lorsque, sans attaquer la foi due à l'acte, elle tend seulement à établir certains faits que le notaire avait droit de constater, mais qu'il n'a point mentionnés, et dont la conséquence, en les supposant vérifiés, est d'infirmer ou d'annuler la convention.

Ainsi, un contrat de mariage est passé le même jour que l'acte de mariage. Il est argué de nullité, comme ayant été dressé, ainsi qu'on offre de le prouver, après la célébration du mariage. La preuve offerte est recevable sans inscription de faux, parce que le notaire n'ayant point constaté l'heure à laquelle le contrat a été passé, la partie qui l'attaque, en demandant à prouver que sa réception est postérieure à la célébration du mariage, ne demande rien à prouver contre les énonciations authentiques de l'acte, dont, au contraire, elle reconnaît l'exactitude et la sincérité (1).

Il en serait ainsi dans le cas où, par actes du même jour, une personne aurait vendu ou loué la même chose à deux personnes différentes. Les actes ne constatant point l'heure à laquelle ils ont eu lieu, chaque partie serait admise, sans inscription de faux, à établir, par la preuve testimoniale, que son contrat est antérieur à celui qu'invoque son adversaire. Cette offre de preuve serait même recevable, indépendamment de toute articulation de dol ou de fraude. On comprend, dans une situation pareille, quels sont les avantages du défendeur qui,

(1) Cass., 18 août 1840. Sirey, 40, 1, 785.

n'ayant rien à prouver, doit triompher par cela seul que le demandeur n'établit point l'antériorité de son titre.

Supposons maintenant, et nous en avons vu un exemple, deux actes de vente de la même chose consentis le même jour à deux personnes différentes, l'un par le propriétaire et l'autre par le mandataire. Chaque acquéreur pourra prouver contre l'autre, sans inscription de faux, l'antériorité de son acte; et la préférence sera acquise à celui des deux qui aura fait cette preuve, ou au défendeur si le demandeur ne justifie pas l'antériorité qu'il allègue en sa faveur. Vainement objecterait-on que la propriété doit rester à celui qui a acquis du mandataire, parce que les actes de ce dernier doivent être maintenus à l'égard des tiers qui ont agi de bonne foi et dans l'ignorance de la révocation de ses pouvoirs. Ce n'est point ici le cas d'appliquer les articles 2005 et 2009 du Code Napoléon. Ces articles ne supposent point, en effet, un concours d'actes semblables et contradictoires émanés simultanément du mandant et du mandataire. Ils sont faits pour l'hypothèse où le mandataire a traité avec des tiers de bonne foi. Or si, dans ce cas, les actes faits avec le mandataire sont, à leur égard, tout aussi valables que s'ils avaient été faits avec le mandant lui-même, ce ne peut être que dans la supposition que ce dernier pouvait valablement les accomplir, et encore seulement par rapport à lui. Mais, dans notre hypothèse, nous supposons que le mandant a fait lui-même l'acte dont il avait chargé le mandataire. Comment donc l'acte émané de celui-ci aurait-il en soi plus de valeur et d'efficacité que s'il était émané de la personne même du mandant? La question de préférence dépend donc, dans ce cas, comme dans l'espèce précédente, de l'antériorité du titre invoqué respectivement par l'un ou l'autre acquéreur (1).

14. Soit que l'acte authentique, d'après les distinctions que nous venons de développer, fasse foi quant à la convention ou disposition qu'il renferme, jusqu'à inscription de faux ou seulement jusqu'à preuve contraire; dans l'un et l'autre cas, la

(1) Voy. 1138, n° 51. — 1328, n°s 53 et suiv.

partie qui s'en prévant et en poursuit l'exécution n'est tenue de produire aucune autre preuve. La représentation de l'acte suffit pour justifier l'existence et la sincérité des faits qu'il constate, et sur lesquels la demande est fondée. Le juge ne peut, en conséquence, à quelque titre que ce soit, exiger l'administration d'une preuve complémentaire, et s'empêcher de les admettre comme constants et avérés.

15. L'article 1319 porte que l'acte authentique fait pleine foi entre les parties contractantes, leurs héritiers ou ayants-cause. Il ne dit rien des tiers. Est-ce à dire qu'à leur égard il ne fait pas pleine foi? Une semblable interprétation donnée à son silence violerait un des principes les plus incontestés. L'acte authentique fait foi envers tous, *quoad omnes;* envers les tiers étrangers, quels qu'ils soient, *quoscumque extraneos.* Telle est la doctrine uniforme et constante de nos auteurs (1).

16. Mais quand nous disons que l'acte authentique fait également pleine foi envers les tiers étrangers, nous ne voulons point dire que les conventions ou dispositions qui y sont contenues, puissent leur être opposées comme créant contre eux des obligations. Le principe posé par l'article 1165, que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; qu'elles ne nuisent point aux tiers, et qu'elles ne leur profitent que dans le cas prévu par l'article 1121; ce principe ne cesse pas ici d'être applicable. Autre chose est, en effet, la question de savoir si l'acte authentique fait pleine foi de son contenu à l'égard des tiers; autre chose celle de savoir si les conventions qu'il renferme peuvent leur être opposées ou opposées par eux. Il faut donc se garder soigneusement de les confondre.

17. Lorsque l'acte authentique, considéré comme moyen de preuve, est attaqué, soit par les parties contractantes, soit par

(1) Dumoulin, *Coutume de Paris*, tit. 1, § 8, n° 8.—Pothier, *Oblig.*, n° 704. — Toullier, t. 8, n° 148. — Zachariæ, t. 5, pag. 635. — Duranton, t. 13, n° 81. — Bonnier, n° 392. — Marcadé, art. 1319, n° 2.

des tiers étrangers, dans les mentions et constatations auxquelles la loi attache le caractère d'authenticité, la foi qui lui est due ne peut être combattue qu'à l'aide d'une procédure particulière appelée inscription de faux. Il ne suffit pas que la partie qui l'attaque dénie ou conteste la vérité des signatures, ou la sincérité des mentions contenues dans l'acte, elle est tenue de s'inscrire en faux, et ce n'est que sur cette inscription de faux préalablement faite, qu'elle est admise à administrer ses moyens de preuve, suivant les formes qui constituent la procédure du faux incident civil.

Le Code de procédure, articles 214 et suivants, règle cette procédure spéciale. Il n'entre point dans notre plan d'en expliquer les formes particulières et les détails compliqués.

18. Il est nécessaire de s'inscrire en faux, non seulement lorsqu'on attaque la foi due à l'acte original, mais encore lorsqu'on conteste la vérité et l'exactitude de la grosse ou expédition. Elle fait foi, en effet, en cas de perte de l'original (1335, 1°), et foi lui est due jusqu'à inscription de faux, comme étant émanée d'un fonctionnaire qui avait qualité pour la délivrer, bien que la représentation du titre original puisse toujours être exigée.

Quant aux simples copies irrégulièrement faites, qui ne produisent qu'un commencement de preuve, l'inscription de faux n'est pas requise, lorsqu'on prétend qu'elles sont fausses ou falsifiées (1).

19. Le faux civil est toute altération de la vérité; le faux pénal ou criminel en est l'altération frauduleuse.

On distingue encore le faux en matériel et intellectuel. On dit qu'il est matériel, lorsqu'il affecte matériellement la pièce arguée, et que commis lui-même par des moyens physiques il peut être reconnu et constaté à l'aide des mêmes moyens. Tel est le cas où il consiste en fabrication, contrefaçon, altération d'écritures ou de signatures; en ratures, surcharges,

(1) DURANTON, t. 13, nos 87 et 88.

changements, suppressions, interlignes, intercalations, additions, grattage, lavage de mots, de lettres, de chiffres, de signes quelconques.

Par faux intellectuel on entend le faux commis au moyen de la dénaturation de la substance de l'acte; de la mention de conventions autres et différentes; de la constatation de faits faux; d'une falsification quelconque de la pensée, du consentement, de la volonté, mais sans altération des signes, sans indices matériels et physiques tombant sous les sens.

On distingue encore le faux principal et le faux incident. Le faux principal concerne la vindicte publique, *ad vindicias pertinet;* le faux incident, la poursuite d'intérêts privés, *ad rei familiaris persecutionem* (1).

La poursuite du faux principal est criminelle. Elle a lieu suivant les règles générales et particulières du Code d'instruction criminelle (448 et suiv.). Elle est dirigée contre la personne même du faussaire, et soulève, par suite, une question de culpabilité, c'est-à-dire une question d'intention, de bonne ou de mauvaise foi.

La poursuite du faux incident est seulement civile. Elle est soumise aux règles tracées par le Code de procédure (214 et suiv.). C'est un procès fait uniquement à la pièce arguée, sans qu'on ait à examiner quelle a été l'intention de celui qui a commis le faux. L'inscription de faux est nécessaire, quand même le faux aurait eu lieu de bonne foi, ou par erreur (2). Cette procédure est, en effet, la seule voie à prendre pour détruire la foi due à l'acte authentique, puisqu'il fait également preuve complète et absolue, soit que le faux ait été commis dans une intention frauduleuse, ou simplement par erreur et de bonne foi.

Dans une poursuite en faux principal, le prévenu ne peut arrêter l'action en déclarant qu'il renonce à faire usage ou à se prévaloir de la pièce arguée. La poursuite en faux incident civil

(1) L. 3, § 6, *ff. De tabul. exhib.*
(2) Cass., 11 avril 1837. Sirey, 37, 1, 286.

est, au contraire, arrêtée aussitôt que le défendeur déclare qu'il renonce à se servir de la pièce (217, C. pr.).

Si l'auteur du faux est inconnu ou décédé, si le fait est prescrit, il n'y a point lieu à poursuites criminelles en faux principal. Ces circonstances n'empêchent point le faux incident civil, où la poursuite est dirigée contre la pièce plutôt que contre la personne, et concerne un intérêt privé, et nullement un intérêt public.

20. Du reste, les juges ont la faculté générale et discrétionnaire, en tout état de cause, quelle que soit sur la décision du procès l'influence de la pièce arguée, d'admettre ou de rejeter la demande en inscription de faux. La loi s'en rapporte sur ce point à leurs lumières et à leur conscience (1). Tout dépend de l'appréciation des faits et circonstances de la cause.

Ils ont de même un pouvoir absolu et discrétionnaire pour rejeter, même après l'admission de faux incident, les faits allégués à l'appui de l'inscription de faux (2).

21. Celui qui prétend qu'une pièce signifiée, communiquée, ou produite dans le cours de la procédure, est fausse ou falsifiée, peut, s'il y échet, être reçu à s'inscrire en faux. De ces dispositions de l'article 214, C. pr., on a conclu avec raison que les juges ne devant admettre l'inscription de faux que s'il y échet, avaient le pouvoir discrétionnaire d'admettre la pièce arguée comme vraie, ou de la rejeter d'emblée comme fausse, sans inscription de faux préalable, suivant les circonstances. Il est donc constant et reconnu en doctrine et en jurisprudence, que les juges peuvent, sans inscription de faux, déclarer la fausseté ou la falsification de la pièce, dans le cas où, par sa contexture, sa forme et son ensemble, elle présente des vices tellement sensibles que le faux est palpable, saute, pour ainsi

(1) Cass., 1er avril 1844. Sirey, 44, 1, 365. — 6 fév. 1844. Sirey, 44, 1, 471. — 25 avril 1854. Sirey, 56, 1, 311.

(2) Cass., 2 avril 1849. Sirey, 49, 1, 636.

dire, aux yeux, saisit tous les regards, et résulte, avec la dernière évidence, d'une simple inspection oculaire (1).

Mais, des conditions mêmes qui sont exigées pour que les juges soient autorisés à déclarer, sans inscription préalable de faux, la fausseté et la falsification de l'acte, il semble résulter que ce pouvoir discrétionnaire ne leur appartient que lorsqu'il s'agit d'un faux matériel, et qu'ils ne peuvent en user en cas de faux intellectuel ou moral. Sans doute, lorsque l'altération de la vérité se manifeste par des signes matériels et visibles, la conviction du juge se forme avec moins d'efforts et plus de sûreté que s'il s'agit d'un faux intellectuel, où l'altération de la vérité ne s'exprime par aucune circonstance physique qui ressorte de l'acte lui-même. Nous repoussons, néanmoins, cette distinction, et pensons que, dans tous les cas, les juges peuvent déclarer d'emblée l'acte faux ou falsifié, par la seule appréciation des circonstances qui en établissent la fausseté ou la falsification. Voici sur quelles raisons nous fondons notre opinion.

L'article 1353, qui autorise les juges à se décider par des présomptions graves, précises et concordantes, contient une disposition générale. Il s'applique à tous les cas où la preuve testimoniale est admissible. Or, la procédure en inscription de faux n'est rien autre chose qu'un recours à la preuve testimoniale sous forme d'enquête ou d'expertise, sans préjudice, comme dans les cas ordinaires, de l'appréciation personnelle des magistrats. A moins d'une exception formelle, l'article 1353 s'applique donc au cas où un acte est argué de fausseté ou de falsification.

Cette exception n'existe point. Loin de là, l'article 214, C. pr., dispose que celui qui prétend qu'une pièce qu'on lui oppose est fausse ou falsifiée peut, s'il y échet, être reçu à s'inscrire en faux; s'il y échet, c'est-à-dire suivant les circonstan-

(1) MERLIN, Quest., v° *Inscription de faux*, § 1.—CHAUVEAU, sur Carré, Quest. 867 et 868.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 635.—Cass., 12 janv. 1833. SIREY, 34, 1, 798. — 23 août 1836. SIREY, 36, 1, 740.

ces. Et ces circonstances, que la loi ne détermine point, dont elle abandonne l'appréciation à la justice, ne peuvent être que les présomptions graves, précises et concordantes, d'après lesquelles le juge se décide, soit à déclarer immédiatement la pièce arguée fausse ou falsifiée, soit à la reconnaître comme vraie, sans inscription de faux. La distinction proposée n'étant point dans la loi est donc tout à fait arbitraire.

Que si on prétend la fonder sur une question d'évidence matérielle et de preuve physique, on la détruit par cela même par sa base. En effet, c'est substituer dès lors une question de fait à une question de droit, et subordonner à des considérations particulières l'exercice d'un pouvoir admis en principe. Que l'on établisse une distinction entre le faux matériel et le faux intellectuel, afin de conseiller au juge d'être beaucoup plus réservé dans l'usage du pouvoir que la loi lui confère, lorsqu'il s'agit d'un faux de cette dernière espèce; nous l'admettons volontiers. Mais alors cette distinction cesse d'être le fondement d'une théorie juridique.

Pour ne reconnaître au juge le droit de déclarer la fausseté de l'acte, sans inscription de faux, que dans le cas d'un faux matériel, sous prétexte qu'il n'y a d'évidence possible que dans cette hypothèse, il faut avoir la prétention singulière de limiter les preuves légales, d'enchaîner la certitude et de soumettre la conviction. N'est-il pas évident, au contraire, que la certitude légale, lorsqu'elle peut se fonder sur des présomptions graves, précises et concordantes, ne dépend que de l'appréciation souveraine et discrétionnaire des tribunaux, et qu'elle ne peut être, *a priori*, subordonnée à telle ou telle circonstance? Comme, en définitive, tout se résume dans une question de preuve et de certitude, et que le juge doit après tout la résoudre, en cas de faux matériel comme en cas de faux intellectuel, il y a véritablement contradiction à ne point lui reconnaître, dans l'un et l'autre cas, une égale liberté de jugement.

Quant à la raison tirée des inconvénients et des dangers qu'il y aurait à prononcer la fausseté d'une pièce, sans plus

ample information, lorsqu'il s'agit d'un faux intellectuel, nous répondrons que cette raison est tout aussi bien fondée dans un cas que dans l'autre; que si elle était vraie, ce serait la critique de la loi elle-même, pour avoir attribué aux juges le droit de se décider d'après de simples présomptions; que ce droit étant reconnu en principe, l'usage qu'ils sont admis à en faire ne dépend plus que de leur conviction, laquelle reste subordonnée à l'appréciation des circonstances.

Ainsi, ils pourront, même par le jugement qui déclare les faits pertinents et admissibles, déclarer la pièce fausse, sans recourir à des enquêtes ou expertises, alors que le faux, purement intellectuel, a été commis par supposition de personnes (1). Dans l'espèce, il est vrai qu'une inscription de faux avait été formée, et les moyens à l'appui proposés; mais les juges, sans y donner suite, avaient déclaré le faux sur les seuls documents produits.

22. Quel que soit ce pouvoir accordé aux tribunaux de rejeter la pièce arguée comme fausse, sans inscription de faux préalable, ils ne peuvent néanmoins l'exercer qu'en se fondant sur les éléments de conviction d'ores et déjà acquis dans l'état actuel de la cause. Aucune mesure d'instruction ne peut être ordonnée d'office par le juge ou demandée par la partie contestante, sans que, préalablement, il y ait inscription de faux. Ce n'est qu'après son admission, que le tribunal peut ordonner la preuve des moyens proposés, tant par titres que par témoins, et la vérification par trois experts de la pièce arguée de faux, la preuve contraire demeurant réservée au défendeur (232, C. pr.).

Tant que l'inscription de faux n'a pas été admise, aucun interrogatoire sur faits et articles de la partie qui oppose la pièce contestée, ne peut être régulièrement ordonnée (2); nul

(1) Cass., 17 déc. 1835. Sirey, 37, 1, 68. — Bordeaux, 21 juill. 1851. Sirey, 51, 2, 718.

(2) Zachariæ, t. 5, pag. 634. — Boncenne, t. 4, pag. 531.

serment décisoire (1) ou supplétif ne peut être déféré; aucune enquête, aucune vérification ou expertise ne peut non plus être ordonnée et faite, alors même que le demandeur en faux rapporte un commencement de preuve par écrit des faits par lui allégués à l'appui de son incrimination (2).

23. Cette rigueur de procédure a pour but de protéger la foi due aux actes authentiques contre des attaques injustes, malicieuses et passionnées. Mais quelle sera l'influence de l'inscription de faux sur l'exécution de l'acte argué?

Notre ancienne jurisprudence, conforme en ce point à la loi romaine (3), voulait que le juge ordonnât l'exécution provisoire de l'acte authentique, parce qu'il fait foi jusqu'à ce qu'il ait été jugé et reconnu faux. Pothier (4) dit que cette décision est très sage, et il ajoute qu'il serait très dangereux qu'il fût au pouvoir des débiteurs d'arrêter pendant longtemps le payement de dettes légitimes par des accusations de faux.

La loi du 6 octobre 1791, titre 1, section 2, article 13, portait également que les actes des notaires publics seraient exécutoires dans tout le royaume, nonobstant l'inscription de faux, jusqu'à jugement définitif.

Mais la loi du 25 ventôse an XI, article 19, a proclamé d'autres principes. Après avoir disposé que les actes notariés feront foi en justice et seront exécutoires dans toute l'étendue de l'empire, elle ajoute que néanmoins l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la déclaration du jury d'accusation prononçant qu'il y a lieu à accusation; et qu'en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant la gravité des circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte. L'article 1319 contient des dispositions semblables.

Nous ferons d'abord remarquer que d'après notre organi-

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — DURANTON, T. 13, n° 579. — Voy. 1360, n° 3.
(2) ZACHARIÆ, *ibid.*
(3) L. 2, C. *Ad. leg. Cornel. de fals.*
(4) *Oblig.*, n° 700.

sation judiciaire actuelle, il n'y a plus de jury d'accusation, et que les mises en accusation sont prononcées par une section des Cours que l'on appelle chambre d'accusation.

Nous remarquerons ensuite la différence qu'établit l'article 1319 entre le cas où, sur une plainte en faux principal, la mise en accusation est prononcée, et celui où il ne s'agit que de l'admission d'une inscription en faux incident. Dans le premier cas, l'exécution de l'acte argué est suspendue nécessairement; tandis que, dans le second, les tribunaux ont la faculté, suivant les circonstances, de la suspendre provisoirement.

Cette différence s'explique par la considération qu'en cas de faux principal, la mise en accusation n'est prononcée que sur indices et présomptions graves constituant des charges suffisantes contre le prévenu; et qu'au contraire, en cas d'inscription en faux incident, aucune vérification n'est encore faite, aucune preuve ni aucune présomption judiciairement recueillie.

Nous croyons que ces dispositions du Code sont plus sages que notre ancien droit. Elles concilient, en effet, le respect dû aux actes authentiques, avec la protection due à des intérêts qui pourraient éprouver un préjudice irréparable d'une exécution provisoire et sans bail de caution.

24. Si des poursuites criminelles en faux principal sont intentées avant ou pendant la poursuite de l'action civile, il doit être sursis à statuer sur le civil jusqu'après le jugement sur le faux (240, C. pr.; 3, C. inst. crim.).

25. Hors ces cas, l'exécution provisoire est due au titre authentique, et le créancier peut continuer toutes poursuites, même en saisie, nonobstant l'opposition du débiteur. Mais il ne le fait qu'à ses risques et périls, sauf à lui à en supporter les frais et même à payer des dommages et intérêts, si l'opposition du débiteur est plus tard accueillie (1).

(1) Poitiers, 29 juill. 1851. Sirey, 51, 2, 567.

26. Les actes reçus par les officiers publics étrangers ne sont susceptibles d'exécution en France que tout autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, ou qu'il existe des dispositions particulières dans les lois politiques ou dans les traités. La consécration de ce principe de droit constitutionnel, déjà posé dans l'ordonnance de 1629, article 121, ressort de la combinaison des articles 2123 et 2128, C. Nap. et 546, C. pr. Les officiers publics étrangers n'ont, en effet, qu'une autorité nécessairement circonscrite dans les limites territoriales de la nation à laquelle ils appartiennent ; et comme la force exécutoire des actes reçus par eux dérive exclusivement de la puissance publique dont ils ont été investis, au nom de leur souverain, elle ne peut être invoquée en France, sans violer le principe de notre souveraineté nationale.

Mais il ne faut pas confondre la force exécutoire de ces actes avec leur authenticité. C'est un principe élémentaire et conforme aux règles du droit des gens, que le lieu régit l'acte, *locus regit actum* ; c'est-à-dire que tout acte qui a été passé sous les conditions et avec les formes voulues pour qu'il soit authentique, dans le lieu où il a été accompli, est revêtu partout, même en pays étranger, du caractère de l'authenticité. Il appartient, il est vrai, au droit civil de chaque nation de déterminer les conditions et les formalités nécessaires pour l'authenticité d'un acte passé sur son territoire. Mais lorsque ces conditions et formalités ont été remplies, l'acte conserve partout, à cause de son plein état de perfection, la foi due à son authenticité, sauf l'application des dispositions particulières de notre législation française, qui peuvent exiger la légalisation préalable de la signature de l'officier public étranger par nos agents consulaires ou diplomatiques. L'inaccomplissement même de cette formalité n'autorise point le juge à déclarer l'acte nul, mais seulement à surseoir à son exécution jusqu'à ce qu'il soit régularisé. Car la légalisation n'en est point exigée comme élément constitutif de son authenticité, laquelle en est indépendante (1).

(1) Cass., 8 nov. 1853. Sirey, 56, 1, 17.

Cette distinction, entre la force exécutoire de l'acte et son authenticité, est d'un haut intérêt pratique. Elle se justifie d'ailleurs par les plus puissantes considérations. L'authenticité ne se rapporte qu'à la force probante de l'acte, à la foi qui lui est due, sans qu'il en résulte rien de contraire à l'indépendance de chaque souveraineté. Elle maintient la preuve des contrats et assure la vérité des conventions. A quelles déplorables nécessités ne seraient pas réduits les citoyens d'États différents, si l'officier public du lieu où ils contractent ou disposent n'avait pas qualité pour recevoir leurs actes, en leur imprimant le sceau de l'authenticité (1)?

Mais cette authenticité n'aura elle-même que le caractère et les effets civils que lui attribue la loi étrangère. C'est elle qui, en réglant les conditions, en détermine aussi la portée. Si, par exemple, elle autorise les parties à attaquer la foi due à l'acte sans inscription de faux, et que sa force probante soit contestée en France, on ne pourra exiger de la partie qui la consteste qu'elle s'inscrive en faux, pas plus que si la contestation était portée devant une juridiction étrangère. Car la loi française accepte bien l'authenticité de l'acte; mais elle n'en modifie point les caractères, et ne l'accommode nullement à ses règles particulières, pour en étendre ou en restreindre les effets au fond.

ARTICLE 1320.

L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve.

Sommaire.

1. Distinction entre les simples énonciations insérées dans les actes.

(1) TOULLIER, T. 10, n° 79, en note.

2. De l'énonciation qui a un trait direct avec la convention ou disposition principale.
3. Ce qui la caractérise.
4. De l'énonciation étrangère à la disposition ou convention principale.
5. Elle produit un commencement de preuve par écrit.
6. Les simples énonciations font-elles foi à l'égard des tiers?
7. Elles ne peuvent établir aucun droit envers eux, comme titre constitutif.
8. De la relation dans l'acte d'un acte antérieur.
9. De l'énonciation, dans un acte, d'une procuration prétendue donnée par un tiers.
10. De la maxime, *in antiquis enunciativa probant.*
11. Des actes intercalaires dans un testament.
12. Leurs effets.
13. Si les parties et les tiers peuvent en obtenir expédition.

COMMENTAIRE.

1. Les actes authentiques ou sous signatures privées, contiennent fréquemment diverses mentions, reconnaissances ou relations, en outre et en dehors des faits juridiques qui forment spécialement la matière de la convention ou de la disposition principale. Ces simples énonciations, et c'est ce qui les caractérise, sont purement unilatérales, au moins dans leur expression ; elles sont faites sans que l'autre partie y consente, y adhère, en prenne ou en donne acte par son acceptation formelle. Quelle est alors, en ce qui les concerne, la foi due à l'acte authentique ou sous seing privé?

L'article 1319 établit une distinction, dont la sagesse sera parfaitement démontrée par les explications dans lesquelles nous nous proposons d'entrer. L'énonciation a-t-elle un rapport direct à la disposition ou à la convention ; l'acte authentique ou sous seing privé fait foi, entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs.

Les énonciations sont-elles, au contraire, étrangères à la disposition ou à la convention; elles ne peuvent servir que d'un commencement de preuve.

Telles sont les dispositions de l'article 1319. Mais on comprend qu'elles ne peuvent être bien expliquées qu'au moyen de quelques exemples.

2. Ainsi, dans une quittance d'intérêts ou d'à-compte, il est énoncé que les intérêts antérieurs ont été acquittés, que le capital a été réduit par l'effet d'une remise ou d'un payement.

Dans un titre nouvel de rente, il est énoncé que les arrérages ont été payés jusqu'à telle époque, que le capital originaire a été réduit par suite d'un remboursement partiel.

Dans une quittance, il est énoncé que les intérêts antérieurs ont été capitalisés avec le principal de la dette, qui a été augmenté d'autant.

Dans une vente, il est énoncé dans la partie relative à la stipulation et au payement du prix, que le vendeur est débiteur envers l'acquéreur d'une certaine somme actuellement exigible, ou non exigible.

En ces divers cas et autres semblables, l'énonciation a évidemment un rapport direct avec la convention ou disposition principale. L'acte n'a sans doute point été fait précisément en vue de mentionner et de constater le fait dont l'existence y est exprimée en termes simplement énonciatifs. Néanmoins, comme il produit respectivement des obligations et des droits pour ou contre chacune des parties contractantes, et que ces obligations et ces droits viennent restreindre, augmenter, modifier d'une façon quelconque, dans son exécution et dans ses effets, la convention ou disposition principale, l'énonciation se rattache à cette dernière par les liens d'un rapport intime et direct qui les unit et les confond, de manière à n'en former qu'un tout indivisible. A raison des restrictions, augmentations et modifications qu'elle y apporte, elle en fait ainsi partie intégrante et inséparable. Elle participe dès lors de la foi due à l'acte, en ce qui touche l'existence de la convention ou disposition principale, et elle y participe au même titre, parce que les parties sont présumées avoir fixé, avec une réflexion égale, leur commune attention sur les faits qui en forment l'objet, bien qu'ils n'y soient exprimés qu'en termes énonciatifs.

3. Le caractère de l'énonciation se reconnaît et s'apprécie surtout par l'intérêt que la partie à qui on l'oppose avait à

empêcher son insertion dans l'acte. Plus cet intérêt est sensible, plus il est évident que l'énonciation a un rapport direct avec la convention ou disposition principale dont elle modifie les effets. Par exemple, dans les hypothèses que nous venons de citer, il est manifeste que la partie à qui on oppose l'énonciation insérée dans l'acte, avait intérêt à ne pas la laisser mettre, puisqu'elle tendait à établir un fait qui restreignait son droit ou aggravait son obligation. L'absence de contradiction, de protestation ou de réserves de sa part emporte la présomption naturelle qu'elle y a donné son adhésion, et en a reconnu l'exactitude.

4. Quant aux énonciations étrangères à la convention ou à la disposition principale, de puissantes raisons s'opposent à ce qu'elles fassent, même entre les parties, preuve des faits qui y sont exprimés. Quelque soit l'intérêt que la partie contre laquelle on entend s'en prévaloir, avait à empêcher que l'énonciation fût faite dans l'acte, comme elle ne modifie point la convention ou la disposition dans son exécution et ses effets particuliers, cet intérêt, moins immédiat et moins prochain, était par cela même moins appréciable. Elle a pu laisser exprimer le fait en termes simplement énonciatifs, sans en entrevoir toute la portée, sans en comprendre toute la valeur, et sans y appliquer, en conséquence, la même attention que sur une énonciation qui aurait eu un rapport direct avec le fait principal. On ne peut donc raisonnablement admettre son silence comme une adhésion et un aveu. Une semblable présomption, si elle eût été admise par la loi, aurait livré les personnes simples et inexpérimentées à toutes les embûches, à tous les piéges qu'il est si facile aux gens retors en affaires de leur tendre par une subtile et artificieuse rédaction.

Pothier (1) cite comme exemple l'espèce suivante : Dans un acte de vente, il est énoncé que l'héritage vendu vient de la succession de Jacques. Un tiers ne pourra fonder son action en revendication contre l'acquéreur, sur sa qualité d'héritier

(1) *Oblig.*, n° 703.

de Jacques, et sur la seule énonciation insérée au contrat. L'acquéreur n'avait, en effet, aucun intérêt actuel à s'y opposer; car elle était étrangère à la disposition de l'acte.

5. Mais si les énonciations étrangères à la disposition ne font pas, même entre les parties, foi entière de ce qui y est exprimé, elles peuvent du moins servir d'un commencement de preuve (1319). Et ce commencement de preuve est un commencement de preuve écrite, puisqu'il résulte d'un acte qui rend vraisemblable le fait allégué (1347). La preuve testimoniale et les présomptions sont dès lors admissibles, suivant les principes généraux du droit.

6. Les actes authentiques font foi entre les parties des énonciations qui ont un rapport direct avec la convention ou disposition principale. Ce sont les dispositions formelles de l'article 1319, et, sous ce rapport, il assimile l'acte sous seing privé à l'acte authentique.

Nul doute encore qu'ils n'en fassent également foi l'un et l'autre à l'égard des héritiers et ayants-cause des parties.

Mais foi leur est-elle due quant aux énonciations qu'ils contiennent, à l'égard des tiers étrangers? Nous n'hésitons pas à attribuer cette force probante aux actes authentiques, par cela seul qu'ils sont revêtus du caractère de l'authenticité, et aux actes sous seing privé, lorsqu'ils sont reconnus ou tenus judiciairement pour avérés. Les mêmes raisons d'après lesquelles ils font foi des simples énonciations qu'ils renferment entre les parties contractantes, existent, en effet, dans le cas où il s'agit des tiers étrangers. Pourquoi, à quel titre, ces énonciations valent-elles entre les contractants? Nous l'avons déjà observé; elles valent comme aveu, comme reconnaissance des faits exprimés, bien qu'ils ne le soient qu'en termes énonciatifs. Or cet aveu et cette reconnaissance sont établis dans l'acte. Ils participent donc de la foi qui lui est due, foi indivisible, qui s'applique indistinctement aussi bien aux simples énonciations qu'à l'objet principal de la convention ou de la disposition dont elles forment une partie intégrante. L'acte fait donc pleine foi, à l'égard

des tiers, des faits exprimés sous forme d'énonciation simple, de même que de la convention ou disposition principale. Les tiers ne peuvent, enfin, pas plus contester l'énonciation que la convention ou disposition avec laquelle elle a un rapport direct, puisque les mêmes éléments de preuve existent, à leur égard, identiquement pour l'une et pour l'autre (1).

7. Mais remarquons avec soin que nous ne nous occupons ici que de la force probante de l'acte authentique ou sous seing privé, et nullement de la valeur ou de l'efficacité de l'acte, en tant que les faits qui y sont exprimés en termes simplement énonciatifs, créeraient des droits et des obligations juridiques à l'égard des parties contractantes ou de tiers étrangers. Quand donc nous disons que les actes authentiques ou sous signature privée, ces derniers toutefois lorsqu'ils sont reconnus ou tenus judiciairement pour tels, font preuve envers les tiers des énonciations qui ont un rapport direct à la convention ou disposition principale, nous ne voulons point dire que les parties puissent, par l'aveu ou reconnaissance tacite des faits énoncés dans l'acte, créer à leur profit un droit quelconque envers des tiers étrangers. Cette confusion, qu'il importe de dissiper, se retrouve dans la loi même, et plus encore dans son commentaire.

Quelque direct que soit le rapport qui rattache l'énonciation à la convention ou à la disposition principale, il est incontestable que les parties contractantes ne peuvent invoquer le fait qui y est énoncé, comme constituant en leur faveur des obligations à la charge de tiers qui sont demeurés complètement étrangers à l'acte, soit authentique, soit sous signature privée. Cet acte constitue sans doute, pour les parties contractantes, dans son énonciation simple comme dans sa disposition principale, un titre qu'elles peuvent invoquer l'une par rapport à l'autre; mais elles ne sauraient l'opposer aux tiers étrangers, comme établissant contre eux aucun droit qu'elles puissent

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 638, n^te 46.—MARCADÉ, art. 1320, n°s 2 et 3. —*Contrà*, TOULLIER, T. 8, n° 161. — DURANTON, T. 13, n° 98.

exercer à leur égard. L'énonciation simple, aussi bien que la disposition principale, est *res inter alios acta quæ tertio nec nocet nec prodest.*

Si elle peut être opposée aux tiers, ce n'est que dans le cas où ils prétendent exercer un droit qu'elle a eu valablement pour effet de restreindre ou de modifier. Leurs droits ne sont eux-mêmes alors atteints que par suite des restrictions et modifications que le fait énoncé dans l'acte a apportées aux droits et aux obligations des contractants, et que ces derniers pouvaient régulièrement reconnaître ou établir, l'un à l'égard de l'autre. Si, par exemple, il a été énoncé dans une quittance d'intérêts ou d'arrérages, que le montant de la dette ou le capital de la rente a été réduit par une remise ou un payement antérieur, cette énonciation aura non seulement force probante, mais encore pleine efficacité à l'égard des tiers opposants ou cessionnaires.

Mais si le fait qui y est exprimé est invoqué contre les tiers, comme titre constitutif d'un droit quelconque en faveur des contractants, l'acte devient impuissant à justifier une semblable prétention. Il est énoncé, par exemple, dans un acte de vente, que l'héritage vendu a un droit de servitude sur le champ voisin; l'acte prouve bien que cette énonciation a été faite; mais il n'établit point l'existence de la servitude contre le tiers propriétaire du prétendu fonds servant (1).

Ainsi encore, il est énoncé, dans un acte de vente, que le vendeur a acquis la propriété en vertu de tel contrat; le nouvel acquéreur ne peut se fonder sur cette seule énonciation pour prétendre qu'il a droit de joindre à sa possession celle de son auteur, comme basée sur un titre, pour opérer en sa faveur la prescription de dix ou vingt ans (2).

Ce n'est que par suite de cette confusion entre la force probante de l'énonciation simple et son efficacité envers les tiers, que l'article 1320 se borne à dire que l'acte en fait foi entre

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 704. — DURANTON, T. 13, n° 98.

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 639.

les parties, sans parler des tiers, ni même des héritiers ou ayants-cause des contractants. Répétons-le une dernière fois : s'agit-il d'apprécier la force probante de l'acte ; il fait foi de la simple énonciation comme de la convention ou disposition principale, même à l'égard des tiers étrangers ; s'agit-il, au contraire, d'en apprécier la valeur et l'efficacité ; il ne peut leur être opposé que dans le cas où les parties pouvaient valablement, dans leurs rapports particuliers, reconnaître ou établir, l'une envers l'autre, les droits et obligations qu'elles fondent sur l'existence du fait exprimé dans l'acte en termes simplement énonciatifs.

8. Il arrive souvent qu'un acte authentique ou sous seing privé relate l'existence d'un acte antérieur. Cette relation rentre dans les dispositions de l'article 1320. Ainsi, l'acte fera preuve entière ou fournira seulement un commencement de preuve écrite du fait énoncé, suivant qu'il aura ou n'aura pas un rapport direct avec la convention ou disposition principale.

Une semblable relation peut elle-même constituer, soit un titre nouvel, soit un acte de reconnaissance, de confirmation et de ratification. Soit que l'acte antérieur soit rapporté dans le dernier acte, en toute sa teneur ou seulement quant à son dispositif, la partie à laquelle on l'oppose ne peut, bien que le titre original ne soit pas représenté, en attaquer la relation que par la voie de l'inscription de faux, si elle a eu lieu dans un acte authentique. S'il s'agit, au contraire, d'un acte sous seing privé, il en fera également preuve entière, mais seulement suivant les principes qui régissent la force probante des actes de cette espèce. C'est ce qui arrive lorsque, par exemple, dans une quittance d'à-compte, d'intérêts ou d'arrérages, on relate le titre antérieur constitutif de la dette ou de la rente ; ou bien encore lorsque, dans un second acte de testament ou de donation, le testateur ou donateur relate les dispositions d'un testament ou d'une donation antérieure, soit qu'il y déroge, les modifie ou les maintienne (1).

(1) DUMOULIN, *ibid*, nos 48 et suiv. — TOULLIER, t. 8, no 153.

9. Mais si, dans un acte quelconque, il est énoncé que l'une des parties agit en vertu de la procuration qui lui a été donnée par telle personne, alors même que cette procuration y serait transcrite en entier, qu'elle eût même été reçue par le même notaire qui a passé le second acte où elle est relatée, l'énonciation prouve bien, jusqu'à inscription de faux, que l'existence de cette procuration a été alléguée ; mais, quant à l'existence même de cette procuration, elle peut être contestée, sans que la partie qui l'attaque soit tenue de prendre la voie extraordinaire de l'inscription de faux (1).

Quant au tiers de qui cette procuration est censée émanée, l'acte ne prouve nullement, à son égard, qu'elle soit véritablement émanée de lui, pas plus qu'il ne constitue à son encontre un droit quelconque en faveur des contractants.

10. Notre ancienne jurisprudence avait adopté la maxime que, dans les actes anciens, les simples énonciations font pleine preuve de ce qui y est exprimé, à l'égard et au préjudice des tiers; *in antiquis verba enunciativa plenè probant etiam contrà alios et in præjudicium tertii* (2).

Cette maxime n'était applicable, toutefois, que lorsque l'énonciation était soutenue d'une longue possession conforme; par exemple, au cas où il était énoncé, dans un ancien contrat, qu'un héritage avait sur l'héritage voisin un droit de servitude, et que ce droit de servitude était exercé depuis longtemps, bien qu'il fût imprescriptible sans titre et par le long usage seul, comme sous l'empire de la coutume de Paris, qui n'admettait aucune servitude sans titre. L'énonciation du droit prétendu, soutenue de la possession conforme, faisait pleine foi de l'existence d'un titre constitutif, même à l'égard des tiers qui n'avaient pas figuré dans l'acte.

Cette maxime était d'ailleurs fondée, soit sur la difficulté ou l'impossibilité de rapporter la preuve d'un fait ancien et

(1) Toullier, t. 8, nos 150 et suiv.

(2) Dumoulin, *ibid.*, no 77. — Pothier, *Oblig.*, no 705.

immémorial, soit sur la présomption naturelle qui rattache à un principe légitime une possession longtemps continuée.

Il est aujourd'hui reconnu qu'elle est inapplicable au moins à l'acquisition des servitudes déclarées imprescriptibles. Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent, en effet, s'établir que par titre, et la possession immémoriale ne suffit même pas pour les établir (691). D'autre part, le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude et émané du propriétaire du fonds asservi (695). Ces dispositions du Code Napoléon s'opposent évidemment à ce que l'on considère une simple énonciation, même soutenue d'une longue possession conforme, comme un titre constitutif, à l'égard des tiers, d'une servitude que la loi déclare imprescriptible.

Tout en admettant ce point, M. Toullier (1) pense, cependant, que l'ancienne maxime, *in antiquis enunciativa probant,* doit en général recevoir aujourd'hui son application. Nous remarquons d'abord que nous ne voyons guère de cas où elle puisse être utilement appliquée, du moment qu'on la reconnaît inapplicable à la matière des servitudes, la seule, néanmoins, pour laquelle elle avait été introduite dans notre ancienne jurisprudence.

Mais, dans tous les cas, elle serait contraire à tous les principes de droit. En effet, si les énonciations contenues dans un acte pouvaient faire titre contre les tiers, par cela seul que l'acte est ancien, et qu'elles sont appuyées sur une longue possession conforme, il en résulterait la violation flagrante de l'article 1165. La règle générale est que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; et le Code Napoléon n'y ayant point fait exception en faveur des simples énonciations insérées dans un acte ancien, on ne saurait, sans ajouter à ses dispositions, introduire une exception que repoussent les

(1) T. 8, n°s 164 et suiv.

principes les plus élémentaires du droit, fortifiés, au besoin, du silence de la loi (1). Le titre d'acquisition, en ce qui concerne les tiers, sera donc, non dans l'énonciation, mais dans le fait seul de la possession, si elle est suffisante pour prescrire; et, s'il s'agit de choses déclarées imprescriptibles, l'énonciation et la possession ne pourront puiser dans leur concours une force qui n'appartient isolément à aucune d'entre elles.

Que si on entend restreindre l'application de la maxime au cas où l'énonciation porte, non sur l'établissement d'un droit quelconque à l'égard des tiers, mais sur l'existence de simples faits, tels que l'âge, la parenté, l'alliance, l'état civil, nous reconnaîtrons volontiers que les juges peuvent, sans aucun inconvénient, y conformer leur décision. Ils n'ont, en effet, à se prononcer que sur des points de fait, et tous moyens de preuve, même de simples présomptions, sont alors admissibles (2).

11. Il ne faut pas confondre avec les simples énonciations qui ont un rapport plus ou moins direct à la disposition principale, les constatations, déclarations, reconnaissances et actes destinés à établir, comme ayant une existence propre et indépendante, une disposition, obligation ou convention particulière. Ils constituent, en effet, autant d'actes spéciaux, malgré l'unité de rédaction et de contexte, et, s'il est vrai que la preuve d'un fait juridique puisse résulter de tout écrit, alors même qu'il n'a pas été rédigé dans le but formel d'en constater l'existence, il est incontestable qu'un acte, intercalé et confondu à dessein dans un autre, fait également foi entre les parties, comme s'il avait été l'objet d'une rédaction distincte et séparée.

Chacun de ces actes, simplement unis par le lien d'une rédaction commune et simultanée, n'en est pas moins indépendant de l'autre, de telle sorte que l'un peut être déclaré nul ou

(1) DURANTON, T. 13, n° 98. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 640. — BONNIER, n° 394. — MARCADÉ, art. 1320, n° 5.

(2) TOULLIER, T. 8, n° 166.

inefficace à raison d'un vice de fond ou de forme, sans que l'autre cesse de produire tous ses effets, à moins qu'il ne soit établi, par les termes de l'acte ou les circonstances de la cause, qu'ils sont subordonnés l'un à l'autre, et que leur ensemble forme un tout indivisible.

C'est ainsi que l'on peut intercaler dans un contrat de mariage ou de donation, une société, une vente, une cession de droits, un arrêté de compte; et, si l'acte ne vaut pas comme contrat de mariage ou de donation, il ne laisse pas de valoir pour le surplus, pourvu qu'il réunisse, en ce qui concerne les actes particuliers qui y sont intercalés, les conditions de forme moins solennelles qui leur sont propres.

Le doute à cet égard n'a jamais existé qu'en ce qui concerne les dispositions, reconnaissances et conventions particulières insérées dans les actes testamentaires. Le droit romain voulait que le testament fût fait *uno contextu*, d'un seul contexte (1), et, précisant ce qu'il entend par là, il dit (2) que l'unité de contexte consiste, *nullum actum alienum testamento intermiscere,* à n'entremêler au testament aucun acte étranger. De là les interprètes ont été amenés à se poser cette question : est-ce qu'on ne pourra donc pas, dans un testament, faire une donation, s'imposer une obligation, contracter un engagement? *Non igitur poterit in testamento donari, promitti per stipulationem, celebrari contractus* (3)? Il semble, au premier abord, que la négative soit résolue par la loi 21, § 3, *ff. Qui test. fac. poss.*, combinée avec la loi 20, *ff. De verb. signif.*, qui considère comme étrangers au testament les actes, les contrats; *verba, contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi jus.*

Cependant, tous les interprètes du droit, Accurse en tête, ont réclamé contre une semblable interprétation ; et l'opinion commune a été que les conventions et dispositions insérées dans un testament étaient valables, lorsqu'elles n'étaient pas

(1) Instit., § 3, *De ord. test.*
(2) L. 21, § 3, *ff. Qui test. fac. poss.*
(3) GODEFROI, sur la loi 21, § 3, *ff. Qui test. fac. poss.*

absolument étrangères au testament (1), ou plutôt n'étaient pas étrangères au testateur. Or, on ne saurait dire que ces actes intercalaires sont étrangers au testament, lorsqu'ils ont pour objet tout ou partie des choses dont le testateur dispose. Et cela est si vrai que, malgré ses exigences à l'égard de l'unité de contexte, le droit romain reconnaissait la validité des reconnaissances de devoir faites par testament.

Ainsi, le testateur charge son héritier de payer tant à un tel, son créancier. Le jurisconsulte Scévola répond : Si la dette n'est pas réelle, il n'y a pas action pour dû, *ex debito*, mais seulement pour fidéicommis, *ex fideicommisso* (2). Et nous pouvons dire tout de suite qu'il n'en serait pas autrement dans notre droit ; que le créancier reconnu comme tel dans le testament aura action en cette qualité, si la dette existe réellement.

Ce qui est vrai des reconnaissances de devoir est vrai également de tout autre acte, comme d'une donation, d'une vente, d'un louage. Aussi, Ricard (3) ne fait pas de difficulté qu'on ne puisse mêler à un testament une autre espèce de contrat, telle qu'une donation. C'est alors un acte séparé, ayant sa force et son indépendance particulières, et qui, pour être engagé dans le corps d'un autre, n'en emprunte point la nature.

L'ordonnance de 1735 exigeait aussi l'unité de contexte. Elle voulait, article 5, que le tout fût fait de suite et sans divertir à autres actes. Cependant, la validité de ces contrats intercalaires n'était pas contestée. Comment en douterait-on sous le Code Napoléon, qui n'exige expressément cette unité de contexte que pour l'acte de suscription du testament mystique (976) (4) ?

(1) Voy. MERLIN, Quest., v° *Succession future*, § 1, et Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 6.

(2) L. 88, § 10, *ff. De leg.*, 2°.

(3) *Donations*, 3° partie, ch. 2, sect. 1, n° 107.

(4) POTHIER, *Donat. test.*, ch. 6, sect. 2, § 3.—TOULLIER, T. 5, n° 627. —DURANTON, T. 9, n° 59. — MERLIN, Rép., v° *Testament, ibid.*

12. Poursuivons les conséquences de ce principe.

S'agit-il d'un contrat de vente ou de donation, dûment accepté par l'acquéreur ou le donataire, d'un contrat en bonne et due forme ; nul doute que cet acte ne puisse être détaché du testament dans lequel il est engagé, pour recevoir une existence propre et indépendante, à moins qu'il ne soit expressément établi qu'il est subordonné à la condition que le testament lui-même aura toute son efficacité. Le contrat sera alors simplement conditionnel.

Quant aux simples reconnaissances de dette, faites sans le concours et l'acceptation du créancier, elles font également titre en sa faveur, titre originaire ou récognitif, pourvu que la dette soit réelle, et que le prétendu créancier réclame le payement, non pas en vertu du testament, à titre de legs, mais en vertu d'une obligation préexistante, à titre de créance. La reconnaissance est alors indépendante du testament. Comme fait irrévocablement accompli, elle n'appartient plus à son auteur. C'est un acte qui se place en dehors des dispositions testamentaires, et qui ne subit, ni la loi des formes solennelles propres au testament, ni les caprices de la volonté du testateur.

Nous empruntons un exemple à la loi romaine : Un affranchi reconnaît par codicile l'existence d'un dépôt fait par son maître. On demande si cette reconnaissance, sans aucun autre élément de preuve, suffit pour établir le dépôt. Le jurisconsulte Scévola répond : foi est due à l'écriture, *credenda est scriptura* (1).

La reconnaissance de devoir vaut donc comme titre obligatoire et de rigueur (2). Elle est, en conséquence, irrévocable de la part du testateur qui contracte obligation (3). Mais il doit avoir la capacité propre à la nature des engagements qu'il contracte, si le testament est nul. Car, s'il est valable

(1) L. 37, § 5, *ff. De leg.*, 3°.
(2) VALIN, *La Rochelle*, T. 2, pag. 325.
(3) RICARD, *ibid.*, n°s 107 et 108. — TOULLIER, T. 5, n° 637.

sous le rapport de la capacité du testateur et de la régularité de la forme, la reconnaissance vaut toujours, au moins comme disposition testamentaire, mais seulement à ce titre. Tel est le cas où elle émane d'un mineur ou d'une femme mariée, qui ont la capacité de tester, sans avoir celle de contracter ou de faire une reconnaissance valable (1).

Elle vaudra comme acte intercalaire, malgré la nullité du testament, pourvu qu'elle réunisse toutes les conditions de formes voulues pour son existence, par exemple, si le testament n'est pas valable comme acte testamentaire, et qu'il puisse néanmoins valoir comme écrit privé ou acte authentique moins solennel (2). En tout cas, il vaut comme commencement de preuve écrite.

On peut enfin dire de cet acte de reconnaissance, qui fait titre complet en lui-même, que si les preuves peuvent disparaître, elles ne se révoquent pas, qu'elles sont définitivement acquises et qu'elles appartiennent, en tout temps, à celui qui a intérêt à les invoquer (3). Au surplus, quoique frappé de révocation ou de caducité, le testament ne laisse pas de valoir au moins comme commencement de preuve écrite. Ce dernier point est hors de toute controverse (4).

Il s'ensuit que le créancier n'a pas à attendre, pour agir, la mort de son débiteur. Son action et son droit d'invoquer le titre qui existe en sa faveur, ne sont soumis à d'autres conditions que l'échéance et l'exigibilité de la dette, pourvu que la reconnaissance émane d'une personne capable de s'obliger.

Mais il en est tout autrement, lorsque la reconnaissance n'a été faite que pour déguiser une libéralité envers une personne

(1) MERLIN, Rép., *ibid.*

(2) TOULLIER, T. 5, n° 637. — TROPLONG, *Donat.*, n° 2055. — *Contrà*, MERLIN, Rép., v° *Testament*, *ibid.*

(3) TOULLIER, *ibid.* — RICARD, *ibid.*, n° 114. — DANTY, sur Boiceau, ch. 16, n°s 4 et suiv. — POTHIER, *Donat. test.*, ch. 6, sect. 2, § 3. — FURGOLE, *Testaments*, ch. 11, n° 48. — BRETONNIER, sur Henrys, liv. 5, ch. 1, *Quest.* 6. — *Contrà*, TROPLONG, *Donat.*, n° 2056-2057 et suiv.

(4) TOULLIER, *ibid.* — MERLIN, *ibid.* — TROPLONG, *Donat.*, n° 2061.

capable ou incapable. Elle n'a alors d'autre valeur que celle de tout acte testamentaire, essentiellement révocable, sans effet possible du vivant du testateur; elle est liée, en un mot, au sort du testament, dont elle est une partie intégrante et de même nature (1).

Voici un exemple que Ricard (2) cite d'après Valère Maxime : Un testateur fait à sa concubine un legs déguisé sous la forme d'une reconnaissance de dette. Il revient à la santé, et cette femme veut prendre avantage de cette reconnaissance qui avait été faite à son profit. Le juge Caïus Aquilius repoussa son action.

Telle est donc la distinction fondamentale qu'il convient de faire: La reconnaissance de devoir s'applique-t-elle à une dette réelle, préexistante, ayant sa cause particulière; elle vaut titre définitif, irrévocable, emportant action du vivant même du testateur, si elle est échue et exigible, nonobstant même toute révocation ou caducité du testament. Que si, au contraire, elle s'applique à une dette simulée et contient une libéralité testamentaire déguisée, elle ne vaut que comme vaudrait un legs exprès et formel (3).

Cujas (4) a posé cette règle : Dans le doute, le testateur est présumé avoir cherché un prétexte à son legs, *in dubio præsumitur testator quæsiisse prætextum legato*. Et cette présomption, admise par la plupart des anciens auteurs, est appliquée par M. Troplong (5), sans distinguer même si la reconnaissance de devoir a été faite en faveur d'une personne capable ou incapable de recevoir. M. Toullier (6) fait, au contraire, cette

(1) RICARD, *ibid.*, n° 108 et suiv. — TOULLIER, *ibid.* — MERLIN, Rép., *ibid.* — TROPLONG, *ibid.*

(2) *Ibid.*, n° 110.

(3) TOULLIER, *ibid.* — DANTY, sur Boiceau, ch. 16, n° 13. — MERLIN, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 6, n° 1. — FURGOLE, *Testaments*, ch. 11, n° 18. — TROPLONG, *Donat.*, n° 2060.

(4) Sur la loi 88, § 10, *ff. De leg.*, 2°.

(5) *Donat.*, n° 2056.

(6) T. 5, n° 636. — Voy. encore VALIN, *ibid.*, pag. 326.

distinction, et n'applique la présomption de libéralité déguisée que si la reconnaissance est faite en faveur d'un incapable. Pour nous, nous en tenant aux termes du testament, nous disons que la présomption légale est que la déclaration du testateur est sincère, et que foi lui est due jusqu'à preuve contraire, comme aux papiers domestiques (1331). La règle générale est, en effet, que la fraude ne se présume pas, et que c'est à celui qui l'allègue à l'établir. Or, telle est la situation de la partie qui prétend que la reconnaissance de devoir masque un simple legs, une libéralité à cause de mort : elle a contre elle les termes du testament ; qu'elle établisse donc par une preuve contraire que foi cesse de leur être due. Le doute devra ainsi s'interpréter contre ses prétentions. Mais hâtons-nous d'ajouter que les juges devront se montrer d'autant moins difficiles sur les présomptions de fait invoquées pour combattre la foi légalement due aux déclarations du testateur, surtout si elles ont eu lieu en faveur d'un incapable. Car la forme même de l'acte testamentaire peut servir de première présomption de fait, mais de fait seulement.

Que si, enfin, nous admettons que la foi due à la reconnaissance de devoir peut être combattue et infirmée par la preuve contraire, même par de simples présomptions, c'est que cette déclaration, qui ne présente point les caractères d'un fait contractuel, ne rentre pas dans la classe des écrits outre et contre la teneur desquels aucune preuve testimoniale n'est admise.

13. Reste une dernière question, dont la solution découle naturellement des principes que nous venons d'établir. C'est que la partie intéressée peut se faire délivrer, du vivant même du testateur, expédition de l'acte intercalaire, si elle y a personnellement figuré, ou se faire autoriser à fins de compulsoire, s'il s'agit d'une reconnaissance, disposition ou déclaration simplement unilatérale. Telle est la conséquence nécessaire de l'efficacité du titre. Car on ne saurait comprendre qu'un acte faisant titre pût exister, sans que la partie dont il cons-

tate les droits, et qui est admise à s'en prévaloir fût autorisée à le produire en justice, alors surtout que son adversaire a la faculté incontestée de le communiquer, suivant son intérêt.

D'ailleurs, ce ne sera pas le testament qui sera expédié tout entier. Il ne le sera que par extrait, en ce qui concerne l'acte intercalaire, lequel est étranger aux dispositions testamentaires proprement dites, et susceptible, conséquemment, d'une expédition distincte, comme il l'est d'une exécution séparée. Ainsi est respecté le secret dû aux actes de dernière volonté. Après tout, le testament n'a droit qu'au secret légal; et nous entendons par là le secret commun à tous les actes notariés qui ne doivent, en règle générale, être communiqués qu'aux parties. Or, comme le testament est l'œuvre d'un seul, il ne doit être communiqué qu'à lui et rester secret pour tous les autres, qui sont sans droit, comme sans intérêt actuel, à en prendre communication. Mais il n'est secret que comme testament. Si donc, en dehors des dispositions testamentaires, il contient un acte particulier qui crée ou reconnaît des droits envers des tiers, alors le secret ne lui est plus dû pour cette partie, parce qu'elle n'est pas le testament; parce que des tiers ont un droit et un intérêt actuels à cette communication; parce que, enfin, cet acte intercalaire est leur titre.

Article 1321.

Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers.

Sommaire.

1. De la contre-lettre.
2. Pourquoi elle est nulle à l'égard des tiers?
3. Peu importe que l'acte originaire soit authentique ou sous seing privé;
4. Que la contre lettre soit elle-même authentique ou sous seing privé.
5. Critique de la place qu'occupe l'article 1321.
6. Articles 1395 et suivants.
7. Dispositions de la loi du 22 frimaire an VII, abrogées par l'article 1321.

8. Assimilation aux contre-lettres, des aveux et déclarations verbales
9. Ce qu'on doit entendre par tiers. Exemples.
10. La contre-lettre est opposable aux tiers de mauvaise foi.
11. Les tiers peuvent l'opposer du chef des contractants.
12. De la forme de la contre-lettre.
13. Certains actes qu'il ne faut pas confondre avec les contre-lettres.
14. Des actes qui ne font qu'interpréter un acte antérieur.
15. Des déclarations de command.

COMMENTAIRE.

1. Les parties peuvent très valablement, dans leurs rapports respectifs, modifier à leur gré, par des actes séparés et distincts, les conventions ou dispositions qu'elles ont arrêtées entre elles par des actes antérieurs. Ces actes, qui contiennent ainsi des changements, des dérogations et des modifications par rapport aux autres, s'appellent contre-lettres.

Destinés le plus souvent à demeurer secrets, ils ont pour but et pour résultat de modifier plus ou moins profondément le caractère, le sens et les effets de l'acte apparent et primitif, en établissant entre eux et lui une contradiction, une opposition plus ou moins marquée. Quelquefois même ils en prononcent formellement l'annulation, et le déclarent expressément nul et non avenu. Tantôt la contre-lettre rétablit la vérité qui avait été dissimulée dans l'acte apparent; tantôt, au contraire, elle contient elle-même un déguisement et une simulation.

2. La bonne foi et l'équité, qui sont l'âme des contrats, ne permettent point que de pareils actes puissent être opposés aux tiers, alors même que, comme contre-lettres, ils ne contiennent ni dol ni fraude caractérisés. Il suffit que les tiers aient acquis des droits sur la foi de l'acte primitif, le seul apparent, pour qu'ils soient maintenus en leur possession, quelles que soient même la sincérité et l'exactitude des faits sur lesquels sont fondées les dérogations et modifications postérieures. Autrement, si au milieu de la contradiction qui existe entre le témoignage public de l'acte originaire, et la pensée

secrète révélée par la contre-lettre, cette dernière devait prévaloir, à l'égard et au préjudice des tiers, il n'y aurait pour eux aucune sécurité dans les contrats; ils seraient victimes de surprises contre lesquelles ils sont hors d'état de se garantir.

Telles sont donc les dispositions de l'article 1321 : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont point d'effets contre les tiers. »

3. Il importe peu que l'acte antérieur auquel elles apportent des dérogations et modifications, soit authentique ou sous seing privé. Leur inefficacité tient à leur caractère même, et non à la nature de l'acte qu'elles ont pour effet de modifier.

4. Il est également indifférent que les contre-lettres soient établies par acte sous seing privé ou authentique. Elles présentent toujours les mêmes dangers envers les tiers (1).

Autrefois, cependant, on pouvait leur opposer la contre-lettre passée devant notaire, ou reconnue en justice, lorsque, dans l'un ou l'autre cas, elle avait été faite en même temps que l'acte auquel elle dérogeait. Le Code ne reproduisant point cette distinction introduite par notre ancienne jurisprudence, l'a par cela même repoussée.

5. Avant d'aller plus loin, nous devons faire remarquer que l'article 1321 serait tout aussi bien à sa place à la suite de l'article 1165. Car il traite de l'efficacité des conventions à l'égard des tiers. Nous rappellerons donc une dernière fois la distinction qu'il convient de faire entre la force probante des actes, et l'efficacité des conventions et dispositions qu'ils contiennent, à l'égard des tiers étrangers. Ainsi, la contre-lettre constatée par acte authentique ou par acte sous seing privé reconnu ou judiciairement tenu pour avéré, fait foi, non seulement entre les parties, mais encore envers les tiers, des dérogations et modifications qu'elle renferme. Mais quant à ses effets à leur égard, elle n'en produit aucun, ainsi que le déclare notre article.

(1) TOULLIER, T. 8, n° 182. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 640.

6. Les articles 1395 et suivants, relatifs au contrat de mariage, contiennent une exception aux principes généraux, en ce que les contre-lettres qui n'ont pas été rédigées conformément à leurs prescriptions ne produisent aucun effet, n'engendrent aucun lien de droit, même entre les parties contractantes.

En voici les dispositions : « Les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (1395).

» Les changements qui y seraient faits avant cette célébration, doivent être constatés par acte passé dans la même forme que le contrat de mariage. Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage (1396).

» Tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage; et le notaire ne pourra, à peine de dommages et intérêts des parties, et sous plus grande peine, s'il y a lieu, délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre (1397). »

Ces dispositions sont fondées sur la nécessité de garantir l'immutabilité des conventions matrimoniales qui constituent un pacte de famille.

7. Dans un intérêt purement fiscal, en vue de prévenir autant que possible les fraudes qui peuvent se commettre au préjudice du trésor public, par la dissimulation d'une partie du prix dans les contrats de vente, la loi du 22 frimaire an VII, article 40, déclare nulles et de nul effet, toutes contre-lettres sous signature privée ayant pour objet de constater une augmentation du prix stipulé dans un acte public ou dans un acte sous signature privée précédemment enregistré. M. Merlin(1) avait

(1) Quest., v° *Contre-Lettre*, § 3.

soutenu, dans le principe, que cette disposition était toujours en vigueur, qu'elle n'avait point été abrogée par l'article 1321 du Code Napoléon; et cette opinion avait été partagée par plusieurs jurisconsultes (1).

Aujourd'hui cette question d'abrogation ne se discute même plus. Il est reconnu en jurisprudence et en doctrine, que les contre-lettres ont force obligatoire entre les parties contractantes, alors même qu'elles ont pour résultat de favoriser certaines fraudes au préjudice du trésor public. Quelque soit l'intérêt de l'État à réprimer ces fraudes fiscales, il existe un intérêt plus élevé, plus profondément social, qui a déterminé le législateur à maintenir entre les contractants la loi du contrat établie par la contre-lettre. C'est que, avant tout, il doit protéger contre la cupidité et la mauvaise foi, dans un intérêt de haute moralité publique, les principes généraux de justice et de probité qui doivent présider à l'exécution des contrats. Si l'article 1321 dit que les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, cette formule restrictive ne signifie pas qu'il y a certaines contre-lettres qui peuvent avoir quelque effet, et d'autres qui n'en produisent aucun. Elle signifie seulement, ainsi que l'expliquent les termes qui suivent, qu'elles n'ont point d'effet contre les tiers. Ajoutons que la discussion qui s'éleva au conseil d'État, sur la proposition qui y fut faite de proscrire absolument les contre-lettres (2), ne laisse subsister aucun doute sur l'intention du législateur d'abroger, par l'article 1321, l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII (3). Il ne reste plus aujourd'hui de cet article que la disposition qui soumet les contre-lettres, à titre d'amende, à la perception d'un triple droit d'enregistrement.

Il n'y a, enfin, aucune distinction à établir entre les matières

(1) De Plasman, *Contre-lettres*, § 13. — Rolland de Villargue, v° *Contre-lettre*, n° 12.

(2) Voy. Locré, t. 12, pag. 214 et 395.

(3) Toullier, t. 8, n°s 186 et suiv.—Zachariæ, t. 5, pag. 641, n° 52. — Duranton, t. 13, n° 103. — Delvincourt, t. 2, pag. 819. — Favard, v° *Contre-lettre*. — Cass., 10 janv. 1819. Sirey, 19, 1, 151.

civiles et les matières commerciales. Le principe que les contre-lettres sont valables entre les parties contractantes, et qu'elles doivent recevoir, par rapport à elles, leur pleine et entière exécution, est également applicable aux matières de commerce, notamment aux traités de société commerciale, quand bien même ils auraient reçu la publicité légale déterminée par l'article 42, C. comm. Tel est le cas où il est établi que l'un des prétendus associés ne figure que nominalement dans la société qui a été formée en réalité avec une autre personne (1).

8. Il convient d'assimiler à une véritable contre-lettre, établie par acte authentique ou sous signature privée, les aveux, déclarations et reconnaissances purement verbales, émanées des parties contractantes, et contenant des dérogations et modifications à un acte antérieur. L'acte ne constitue, en effet, qu'un moyen particulier de preuve qui peut être suppléé par d'autres. De semblables aveux, déclarations et reconnaissances vaudront, ainsi, comme de véritables contre-lettres entre les contractants; mais ils ne pourront être opposés aux tiers. Ajoutons qu'ils ont même un caractère plus sensible de clandestinité, puisqu'ils ne sont constatés par aucun acte, et que c'est une raison de plus pour que, à l'égard des tiers, ils ne produisent aucun effet.

9. Il faut entendre ici par tiers, ceux qui n'ont point figuré à l'acte antérieur modifié ou détruit par la contre-lettre; ceux, en un mot, qui n'y ont point été contractants. C'est ce qui résulte manifestement des termes de l'article 1321, et de la mise en opposition des tiers avec les parties contractantes. L'esprit de la loi fortifie lui-même cette interprétation; car elle a pour but, en declarant les contre-lettres sans effet envers les tiers, de les garantir contre les surprises et les fraudes que pourraient commettre à leur préjudice les parties contractantes, en modifiant ou en rapportant l'acte antérieur au moyen d'une contre-lettre tenue secrète.

(1) Cass., 20 déc. 1852. Sirey, 53, 1, 27.

La loi n'exige même pas que le tiers ait traité en vue et en connaissance des droits conférés par l'acte que la contre-lettre est destinée à modifier ou à rapporter (1).

Ainsi, les actes faits entre le débiteur et le propriétaire apparent d'une créance qui lui a été transmise par l'effet d'un transport ostensible, sont opposables au tiers qui se présente comme étant le véritable cessionnaire de la créance, en vertu d'une contre-lettre. Ce dernier ne peut s'en prévaloir contre le tiers débiteur, ni revenir par suite contre les actes faits avec le cessionnaire apparent qu'il prétend n'être que son mandataire (2).

En conséquence encore, l'acte ou le jugement qui attribue la propriété de la créance à un tiers sur le propriétaire apparent, est valable à l'égard de celui qui, en vertu d'une contre-lettre, même antérieure, se prétend réellement propriétaire de la créance et en réclame la propriété (3).

Le souscripteur d'un billet ne peut non plus opposer aux tiers qu'il s'est obligé fictivement et par complaisance.

Si un acte de vente contient quittance d'une partie du prix, le vendeur ne peut opposer aux créanciers de l'acquéreur, alors même qu'ils agissent comme ayants-cause de celui-ci, l'existence d'une contre-lettre énonçant que la somme quittancée n'a pas été réellement payée. Ainsi, le vendeur ne peut refuser les offres par eux faites, si elles sont de toute la somme qui reste due d'après l'acte (4).

Il en serait de même si la contre-lettre portait augmentation du prix stipulé au contrat.

La contre-lettre portant qu'un acte d'aliénation n'est pas réel, et qu'il est simulé, ne peut non plus être opposée aux tiers à qui le propriétaire apparent a transmis la propriété

(1) Cass., 16 déc. 1840. SIREY, 41, 1, 167.

(2) Cass., 25 juin 1835. DALLOZ, 35, 1, 373.

(3) Cass., 16 déc. 1840. SIREY, 41, 1, 167.

(4) Cass., 23 fév. 1835. SIREY, 35, 1, 361. — Paris, 29 avril 1837. SIREY, 37, 2, 245. — Lyon, 21 juin 1837. SIREY, 37, 2, 444.

ou tout autre droit réel, tel qu'une servitude, une hypothèque (1).

Il arrive souvent que, dans un acte de vente, on dissimule une partie du prix, ou que l'acquéreur y reçoive quittance pour la totalité ou pour portion seulement, le vendeur n'exigeant, dans ce cas, que la remise d'une contre-lettre ou de valeurs souscrites par son débiteur, jusqu'à concurrence de la somme dissimulée ou quittancée. Si l'acquéreur ne paye pas, le vendeur ne pourra poursuivre, au préjudice des tiers, la résolution de la vente (2). Par rapport à ceux-ci, la contre-lettre ne vaut que comme simple rétrocession, de telle sorte qu'il y a nécessité de maintenir, à leur égard, la revente qui leur a été consentie, ou tous autres droits réels qui leur ont été concédés (3).

Si l'acte mentionne comme due une partie du prix seulement, bien qu'il soit dû pour la totalité ou pour une portion plus forte, les tiers intéressés à prévenir la résolution du contrat, à défaut de payement, sont recevables à offrir la portion du prix énoncée dans l'acte comme due, sans que le vendeur puisse leur opposer la contre-lettre.

Il s'ensuit encore qu'on ne peut opposer aux tiers de bonne foi une contre-lettre par laquelle il serait expressément établi que la mère n'a constitué ses biens dotaux en dot à l'un de ses enfants, que dans le but, d'accord avec le donataire, de déguiser, par fraude envers la loi, l'aliénation de ces biens frappés de dotalité. Nonobstant ces conventions particulières, les tiers conserveront sur eux tous leurs droits de propriété, d'hypothèque ou d'expropriation.

Et il en est de même alors que la simulation ne résulte que des explications des parties et des circonstances du fait. Car elles équivalent à une contre-lettre faite avant ou après la donation, le contrat de mariage qui contient la libéralité ne

(1) TOULLIER, T. 8, n° 182. — DURANTON, T. 13, n° 104. — MARCADÉ, art. 1321, n° 2.

(2) TOULLIER, *ibid.* — DURANTON, T. 13, n° 105.

(3) Douai, 10 mars 1849. SIREY, 49, 2, 374.

présentant aucun indice de cette simulation frauduleuse (1).

Tel est enfin le cas où, par suite de la simulation d'une dette emportant contrainte par corps contre son mari, et de l'incarcération de ce dernier, une femme a obtenu l'autorisation d'engager ou d'aliéner ses biens dotaux. Soit que la preuve de cette fraude résulte de la production d'une contre-lettre, des circonstances de la cause ou des déclarations des parties, la femme ne pourra s'en prévaloir pour faire annuler, envers les tiers qui ont contracté de bonne foi, l'aliénation ou l'engagement de sa dot. Alors même qu'au lieu d'être complice de la fraude, elle en aurait été la victime, elle ne pourrait non plus en poursuivre l'annulation, parce que le dol pratiqué à son égard ne lui ouvre point d'action en nullité contre les tiers qui ont contracté de bonne foi, sans participer aux manœuvres frauduleuses. Le mari et son complice seraient seuls, dans ce cas, passibles de dommages et intérêts (2).

10. Comme la nullité des contre-lettres, à l'égard des tiers, n'est fondée que sur la nécessité de protéger leur ignorance et leur bonne foi contre les surprises, le dol et la fraude, les contre-lettres peuvent leur être opposées, lorsqu'il est clairement établi qu'ils ont contracté en connaissance de cause et de mauvaise foi. Ils ne sauraient en effet, dans ce cas, prétendre qu'elles leur causent préjudice, puisqu'ils ont volontairement et sciemment accepté la situation qui leur est faite. S'ils en éprouvent un dommage, ils n'ont qu'à se l'imputer à eux-mêmes.

11. Mais si les contre-lettres n'ont aucun effet à l'égard des tiers, ils peuvent néanmoins s'en prévaloir du chef des parties contractantes. Elles sont, en effet, obligatoires entre ces dernières, et doivent être exécutées envers elles comme tout autre engagement ordinaire.

Ainsi, le créancier du vendeur peut former saisie-arrêt entre

(1) Cass., 15 fév. 1847. Sirey, 47, 1, 293.
(2) Voy. Cass., 17 mars 1847. Sirey, 47, 1, 576.

les mains de l'acquéreur sur les sommes que ce dernier peut devoir, pour prix de vente, en vertu d'une contre-lettre.

Par exemple encore, si les parties étaient convenues, par une contre-lettre, que tel héritage, excepté de la vente dans le contrat ostensible, y est néanmoins compris, les tiers créanciers hypothécaires seraient fondés à prétendre que leurs hypothèques s'étendent également sur cet héritage.

12. Quant à sa forme, la contre-lettre est assujettie aux mêmes conditions que les autres actes. Les articles 1325 et 1326, concernant le *fait double* et le *bon* ou *approuvé*, lui sont applicables (1).

13. Du reste, il ne faut point assimiler à une véritable contre-lettre l'acte authentique ou sous signature privée par lequel les parties, sans fraude et de bonne foi, règlent l'exécution ou l'inaccomplissement d'une convention ou disposition antérieure. Tels sont les quittances, les règlements de compte, les résolutions amiables et volontaires pour inexécution des engagements ou pour toute autre cause; les rétrocessions consenties à la suite d'un acte translatif de propriété; l'acte par lequel l'un des coobligés solidaires reconnaît que le montant intégral de la dette ne concerne que lui seul (2). De pareils actes ne font, en effet, que confirmer la sincérité du contrat originaire, et, bien qu'ils puissent être ignorés des tiers, ils leur sont néanmoins opposables, dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions que tout autre acte ordinaire.

On ne saurait non plus assimiler à une véritable contre-lettre les actes qui n'ont d'autre objet que d'assigner à l'acte principal une cause particulière, de l'existence de laquelle dépend son efficacité, alors même qu'une autre cause y aurait été énoncée, mais sans aucune espèce d'intention frauduleuse. Par exemple, une femme, mariée sous le régime dotal, déclare s'engager pour cause de prêt. Il est ensuite déclaré, prouvé

(1) Duranton, t. 13, nos 106 et 107.
(2) Douai, 1er mars 1851. Sirey, 51, 2, 309.

ou reconnu que cet engagement a eu, en réalité, pour cause l'établissement de l'un de ses enfants. Les tiers envers lesquels elle s'est plus tard valablement obligée prétendraient vainement que ces déclaration, reconnaissance et preuve n'ont, à leur égard, aucune efficacité; que, par rapport à eux, la femme n'a point engagé ses biens dotaux; que ces biens restent affectés au payement de leurs créances, à l'exclusion du créancier antérieur, parce que l'acte que ce dernier invoque ne justifiant point par lui-même de la réalité de sa cause et de sa validité, ils ont été induits en erreur à cet égard, et qu'ils seraient victimes d'une surprise, puisqu'ils n'ont contracté qu'en vue et dans la croyance de la nullité du premier engagement.

Ces objections ne sont que spécieuses. Il ne faut point, en effet, considérer comme constituant de véritables contre-lettres tous actes qui ne sont que le complément, le développement ou l'explication d'un acte antérieur, par cela seul qu'ils fournissent une exception ou des moyens de défense, jusque-là ignorés ou non prévus, contre une action en rescision ou en nullité. Une pareille interprétation de l'article 1321 renverserait les principes les plus élémentaires du droit. Vainement les tiers qui ont contracté postérieurement allèguent qu'ils ont pu être induits en erreur par l'énonciation, dans le premier acte, d'une cause qui n'en établissait pas la validité. Sur ce point, leur position leur est commune avec bien d'autres contractants. C'était à eux d'ailleurs à s'enquérir, à s'informer des véritables causes de l'engagement qu'on leur oppose, et de la situation de la femme avec laquelle ils ont contracté. S'ils ont pu croire qu'ils pourraient faire reconnaître à leur profit la nullité de cet engagement, ils ont dû, en même temps, s'attendre à ce que le premier créancier, par exemple, le cessionnaire de l'hypothèque ou des reprises dotales de la femme, ferait valoir, contre leur action en nullité, toutes exceptions et tous moyens de droit par lesquels il lui serait possible de justifier la légitimité et la validité de sa créance, à peu près comme fait un créancier dont le titre énonce une fausse cause, ou n'en mentionne aucune.

Il ne faut point non plus considérer comme constituant de véritables contre-lettres, les actes qui n'ont d'autre but que de rétablir la vérité d'une situation actuelle ou passée. Par exemple, un père déclare vendre à son fils, marié en communauté, certains immeubles. Mais cette vente déguise une donation. L'acquéreur prétendu pourra prouver, à l'égard de sa femme, qu'en effet ils lui ont été donnés, et qu'ils lui sont conséquemment propres et non acquêts.

Que si, au contraire, la vente avait été faite par le beau-père à son gendre, qui plus tard aurait vendu les immeubles seul et sans le concours de sa femme, cette dernière ne serait point recevable à établir, à l'égard des acquéreurs, que la vente couvrait une donation qui lui était faite par interposition de personnes, et que, par suite, les biens lui étant propres n'ont pu être aliénés sans son consentement. Dans ce dernier cas, la preuve du déguisement constitue une véritable contre-lettre, parce qu'elle se réfère à des actes intervenus avec des tiers à une date postérieure; dans le premier cas, au contraire, il n'y a point de contre-lettre, ni rien qui s'en rapproche dans le sens de notre article, parce que le déguisement et la simulation ne constituent, à l'égard de la femme, aucune occasion de fraude possible pour l'avenir, et ne touchent qu'à la situation qui lui est respectivement faite par son contrat de mariage. Cette distinction entre le passé et l'avenir, quant à la portée et l'intention de l'acte, est fondamentale en matière de contre-lettres. Aussi, disons-nous qu'elles ne sont destituées de tout effet à l'égard des tiers, qu'en ce qui concerne les actes ultérieurement passés avec eux. Les développements dans lesquels nous sommes entrés, expliquent sans doute suffisamment notre pensée à cet égard.

14. Il convient aussi de distinguer des contre-lettres proprement dites les actes qui n'ont d'autre objet que l'interprétation d'une clause obscure et ambiguë. Les tiers ne seraient point fondés à prétendre que cette interprétation ne leur est point opposable, et à demander, en conséquence, que, par

rapport à eux, l'acte en reçoive une nouvelle et entièrement différente.

15. Il ne faut pas non plus confondre avec les contre-lettres les déclarations et reconnaissances qui, sans changer ni modifier la substance de la convention ou de la disposition, tendent simplement, en exécution d'une clause expresse ou tacite, à en faire passer la charge et le bénéfice sur la tête d'un tiers. Telle est la déclaration de command ou d'ami, qui n'est que l'indication faite après coup du tiers inconnu qui a donné ou est censé avoir donné mandat de faire l'acte.

Entre les parties contractantes, la faculté de déclaration de command doit être expressément réservée. Si elle ne l'a pas été, celui qui prétendrait en user n'en demeurerait pas moins obligé envers l'autre partie, et sa déclaration ne vaudrait, à son égard, que comme cession de ses droits en faveur d'un tiers (1).

Mais lorsque le droit de déclarer command a été réservé dans l'acte, et que la déclaration en a été faite dans les délais convenus, ou, à défaut de délai préfix, dans celui qui, sur la demande de la partie intéressée, est imparti par le juge, le déclarant cesse d'avoir aucune obligation ou aucun droit. Il est, en effet, réputé mandataire du command sur la tête duquel passent immédiatement tous les droits et toutes les obligations résultant du contrat (2).

Les cas les plus fréquents de déclarations semblables ont lieu en matière de ventes judiciaires. Comme les enchères sont faites à l'audience et par le ministère d'avoué (705, C. pr.), les avoués enchérisseurs sont de droit réputés mandataires, et censés ne jamais se porter adjudicataires pour eux-mêmes. L'avoué dernier enchérisseur est donc tenu, dans les trois jours de l'adjudication, de déclarer l'adjudicataire et de fournir son acceptation, sinon de représenter son pouvoir, lequel demeurera annexé à la minute de sa déclaration; faute de ce

(1) TOULLIER, T. 8, n° 170. — TROPLONG, *Mandat*, n° 8.
(2) TOULLIER, T. 8, n°s 170, 174 et 181.

faire, il sera réputé adjudicataire en son nom (707, C. pr.), à moins qu'il ne soit avoué poursuivant, auquel cas l'adjudication serait déclarée nulle, avec dommages et intérêts envers toutes les parties (711, C. pr.).

L'avoué dernier enchérisseur, avec réserve de command, peut, au surplus, en indiquant l'adjudicataire, réserver pour ce dernier la faculté de déclarer command. Le client peut alors user lui-même de cette faculté (1), pourvu qu'il l'exerce dans les trois jours de l'adjudication; car le délai dans lequel l'adjudicataire doit être irrévocablement connu ne saurait être prorogé hors des termes de la loi. S'il ne faisait sa déclaration de command, dont la faculté lui a été réservée par l'avoué dernier enchérisseur, qu'après l'expiration de ce délai de trois jours, il resterait adjudicataire définitif, et sa déclaration ne vaudrait, par rapport aux tiers intéressés, que comme cession du bénéfice de l'adjudication.

Si M. Toullier parle du délai de vingt-quatre heures comme étant celui dans lequel l'adjudicataire déclaré doit user de la faculté de déclarer command, ce n'est qu'en ce sens seulement que le délai de vingt-quatre heures est un terme fiscal, passé lequel on ne peut déclarer command, sans que cette déclaration ne donne lieu à de véritables et nouveaux droits de mutation. Nous pensons donc que si l'avoué dernier enchérisseur réserve pour l'adjudicataire qu'il indique, le droit d'élire lui-même command, ce dernier a, pour en user, les trois jours accordés par l'article 707, C. de pr., à partir de l'adjudication, pour faire connaître l'adjudicataire définitif.

Outre la nécessité de l'opérer dans les délais convenus ou fixés, la déclaration de command doit se faire gratuitement, aux mêmes prix, charges et conditions que le contrat primitif. S'il y avait des changements et modifications, ce serait une preuve qu'il y a un contrat différent et nouveau. La présomption de mandat s'évanouirait, et toute partie intéressée pourrait faire reconnaître que la déclaration de command n'est

(1) Toullier, t. 8, n° 170.

qu'un masque qui a servi à déguiser une véritable rétrocession (1).

Elle ne cesserait pas toutefois d'être gratuite, si le bénéfice stipulé ne constituait que la rémunération légitime d'un mandat accompli.

Mais les parties qui ont intérêt à faire tomber la déclaration de command, sont toujours recevables, tant qu'elles ne l'ont pas acceptée, à établir par tous moyens de preuve que le prétendu mandataire n'a contracté que pour lui en son nom, à son profit personnel. Elles peuvent ainsi établir que cette déclaration est frauduleuse, en prouvant qu'elle a été faite avec prime, à un prix différent, à des charges et conditions différentes, ou que le déclarant a fait sur la chose qui en forme l'objet, des actes de propriété et de disposition incompatibles avec sa qualité prétendue de simple mandataire (2).

Si les parties contractantes peuvent, dans leurs rapports respectifs, accorder un délai plus ou moins long pour faire une déclaration de command, et si la déclaration faite dans le délai a, sous cette seule condition, pour effet de mettre le command déclaré au lieu et place de celui qui l'indique, de telle sorte qu'il n'y ait qu'un seul et unique contrat, néanmoins, à l'égard du fisc, la faculté d'élire command est renfermée par la loi dans un terme très court. On comprend, en effet, qu'elle peut être facilement employée pour déguiser des ventes successives, et frauder par ce moyen le trésor public. La loi du 22 frimaire an VII, article 68, § 1, n° 24, exige donc que la déclaration de command, pour être dispensée du droit proportionnel, soit faite par acte public et notifiée dans les vingt-quatre heures. Et ce délai court du jour même de l'acte et non de son enregistrement.

Nous avons dit qu'il ne fallait point confondre les déclarations de command avec les contre-lettres proprement dites. On peut voir maintenant quelles différences il existe entre

(1) Toullier, t. 8, nos 172 et 173.
(2) Toullier, t. 8, n° 177.

elles. Bornons-nous à faire remarquer que si les contre-lettres sont, le plus souvent, destinées à demeurer secrètes, si elles ont pour objet de modifier, changer ou même détruire, à l'insu des tiers, un acte préexistant, les déclarations de command ont, au contraire, toujours la même publicité que l'acte antérieur qui, sans en éprouver aucune altération dans sa substance, en contient lui-même le principe et en autorise formellement l'usage.

§ II. *De l'acte sous seing privé.*

ARTICLE 1322.

L'acte sous seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants-cause, la même foi que l'acte authentique.

Sommaire.

1. Critique de la disposition des articles dans ce paragraphe.
2. Sur quoi est fondée la foi due à l'acte sous seing privé.
3. Principes du droit romain et de notre ancienne jurisprudence à cet égard.
4. Nécessité de la reconnaissance ou de la vérification.
5. Différence entre l'acte privé et l'acte authentique quant à la foi qui leur est due.
6. Suite.
7. De la preuve de l'antidate ou de la postdate entre les souscripteurs de l'acte privé, leurs héritiers ou ayants-cause.
8. Suite.
9. *Quid*, lorsqu'un contrat de rente viagère a été antidaté?
10. De la foi due à l'acte, quant à sa date, à l'égard des tiers.
11. Sens des mots héritiers et ayants-cause.
12. Pour que l'acte privé fasse foi de sa date à l'égard des souscripteurs, de leurs héritiers ou ayants-cause, il doit, avant tout, être un titre obligatoire.

COMMENTAIRE.

1. Les articles compris sous ce paragraphe ne sont peut-être pas distribués dans l'ordre le plus convenable. Il eût été, en effet, plus régulier de commencer par établir les conditions

de forme nécessaires à l'acte sous seing privé, et de terminer en indiquant le caractère et le degré de sa force probante. Le législateur a précisément suivi l'ordre inverse auquel la forme du commentaire nous oblige à nous conformer. Nous examinerons donc, tout d'abord, quelle est la force probante de l'acte sous seing privé.

2. Nous avons vu que si l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme, c'est que la loi consacre elle-même, à raison du caractère public dont il est revêtu, le témoignage du fonctionnaire qui l'a rédigé. Elle le place alors sous sa protection, et commande au juge de lui accorder, à son exemple, une confiance pleine et absolue, comme étant l'expression exacte et vraie de ce qui a été fait, dit ou convenu.

Alors, au contraire, qu'il s'agit d'un acte sous seing privé, on comprend qu'il ne peut être investi d'autre force probante que de celle qu'il tire de l'aveu ou de la reconnaissance des parties qui l'ont rédigé et signé. Sans doute, lorsqu'un pareil acte est revêtu de toutes les formes voulues pour sa validité, il y a une présomption naturelle en faveur de sa sincérité et de son exactitude. Mais cette présomption n'a aucun caractère juridique de preuve, tant que l'écrit n'a pas été reconnu ou légalement tenu pour reconnu de la part de celui auquel on l'oppose. Jusque-là, la production de l'acte n'équivaut, de la part de celui qui l'invoque, qu'à une pure allégation dont il doit établir la vérité.

C'est que les écritures et signatures privées ne rendent point par elles-mêmes témoignage de la sincérité des mentions qu'elles contiennent, et semblent certifier contre celui auquel on les oppose. Elles n'ont et ne peuvent avoir cette autorité qu'après qu'il a été prouvé qu'elles émanent réellement de la partie contre laquelle on les invoque. Autrement, il dépendrait du demandeur d'intervertir la charge de la preuve, s'il lui suffisait de produire un acte sous seing privé qu'il prétend émané de son adversaire, pour imposer à ce dernier l'obligation de prouver sa libération, et se dispenser lui-même d'établir sa

demande. La production d'un acte sous seing privé n'introduit donc aucune exception à ce principe général, que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, et que celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation (1315).

3. Dans les principes du droit romain, l'acte fait sous la seule signature privée des parties, sans l'assistance de trois témoins au moins, probes et dignes de foi, qui attestassent, en cas de dénégation, le fait de sa rédaction et de sa souscription, cet acte, disons-nous, n'avait de valeur que tout autant qu'il était reconnu par les signataires. Son efficacité dépendait ainsi de leur bonne foi; et le demandeur ne pouvait, en cas de dénégation, que déférer le serment à son adversaire, sans qu'il pût demander la vérification des écritures et signatures par voie de comparaison, à cause des inconvénients, des incertitudes et des dangers de ce mode d'instruction.

Du reste, la convention ou le fait qui faisait le sujet de l'acte, pouvait être établi par témoins, comme tout autre contrat purement verbal (1).

Tels furent aussi les principes de notre ancienne jurisprudence. Jusqu'à l'ordonnance de Moulins, de 1566, qui restreignit l'admissibilité jusque-là absolue de la preuve testimoniale, toute convention pouvait être établie par témoins. Mais depuis cette époque, les actes sous seing privé ont acquis en force probante ce que la preuve testimoniale a perdu. Toutefois, il ne tire encore aujourd'hui sa valeur que de sa reconnaissance ou vérification. Mais, en cas de désaveu ou de méconnaissance, la vérification peut s'en faire par titre, par témoins, par experts et comparaison d'écritures (2).

4. L'acte sous seing privé, quoique régulier dans la forme, ne fait donc foi que lorsque l'écriture ou la signature en a été reconnue ou légalement tenue pour reconnue de la part de

(1) Voy. Novelle 73, ch. 2, 4 et 8.
(2) Ordonn. de 1667, tit. 12, art. 7. — Art. 195 et suiv., C. pr.

celui auquel on l'oppose. Tant que sa sincérité n'a pas été reconnue ou vérifiée en justice, il ne peut servir de base à une condamnation.

Mais lorsqu'il a été reconnu ou légalement tenu pour tel, il a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants-cause, la même foi que l'acte authentique (1322); et alors il fait foi, comme ce dernier, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition (1320).

La reconnaissance et l'aveu de l'écriture et de la signature de la part de celui qui a intérêt à les désavouer ou à les méconnaître, ont donc pour effet, sans toutefois conférer à l'acte sous seing privé le caractère de l'authenticité, de lui attribuer une force pleinement probante. Du moment, en effet, qu'il est légalement avéré que l'écrit émane de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur, on trouve dans la vérification préalable de ce fait tous les éléments possibles de certitude juridique. Ils apparaissent alors avec le caractère d'une réalité tout aussi incontestable que s'il s'agissait d'un acte émané d'un fonctionnaire public, et dont l'authenticité n'est elle-même fondée que sur une présomption légale d'infaillibilité de la part de son rédacteur. L'acte privé reconnu ou légalement tenu pour tel, a même en sa faveur une présomption naturellement plus forte de sincérité et d'exactitude, puisqu'il est plus difficile d'admettre un soupçon d'inexactitude ou d'erreur de la part des parties qui ont écrit ou signé, que de la part de l'officier public qui leur a servi d'interprète dans la rédaction d'un acte de son ministère. Tel est le fondement de la foi due aux actes sous seing privé.

5. Ce n'est pas cependant que l'acte de cette nature, reconnu ou légalement tenu pour reconnu, ait, sous le rapport de sa force probante, la même autorité que l'acte authentique. Si ce dernier, ainsi que nous l'avons vu, fait foi, même à l'égard des tiers, des mentions et constatations qu'il renferme, et, conséquemment, de la date qu'il énonce, l'acte privé, au contraire,

s'il n'a acquis date certaine par l'un des moyens que nous expliquerons sous l'article 1328, ne fait aucunement foi, à l'égard des tiers, de la date qu'il indique. Ce n'est donc, ainsi que le porte l'article 1322, qu'entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants-cause qu'il a la même foi que l'acte authentique.

Et encore, entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, la force probante de l'un et de l'autre ne doit-elle pas être assimilée de tous points. Sans doute, l'acte sous seing privé, reconnu ou légalement tenu pour tel, a, entre ces personnes, la même foi que l'acte authentique; mais cette foi due à l'acte privé ne s'applique avec une force égale qu'au fait ou à la convention qu'il constate, ainsi qu'aux énonciations qui ont un rapport direct à ce fait ou à cette convention. Il nous suffit donc, pour ce cas, de renvoyer à ce que nous avons dit, sous les articles précédents, de la foi due à l'acte authentique.

6. S'agit-il, au contraire, de la foi due à l'acte privé, en ce qui concerne la date, cet acte ne fait foi, même entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, de la réalité de la date, que jusqu'à preuve contraire, sans qu'il soit besoin, comme au cas où l'on conteste la date d'un acte authentique, de prendre la voie de l'inscription de faux.

Quant à la manière dont cette preuve doit être faite, et aux éléments qui légalement la constituent, ils varient, suivant la nature de la cause pour laquelle la sincérité de la date est attaquée. Ainsi, le souscripteur d'un écrit sous seing privé, ses héritiers ou ayants-cause, attaquent-ils comme fausse et inexacte la date que l'acte énonce, sans invoquer, d'ailleurs, aucune circonstance qui établisse une fraude à la personne ou à la loi; dans ce cas, la preuve de l'inexactitude et de la fausseté de la date ne pourra être administrée qu'à l'aide des mêmes éléments qui sont exclusivement admissibles, lorsqu'il s'agit de prouver contre et outre le contenu aux actes. La preuve testimoniale et les présomptions ne seront alors reçues que dans

les cas particuliers où la loi les admet exceptionnellement, sur un commencement de preuve par écrit.

7. Mais si le signataire de l'acte, ses héritiers ou ayants-cause l'attaquent, sous le rapport de la sincérité de sa date, comme contenant une fraude à la loi, en ce sens qu'il aurait été antidaté ou postdaté, afin de donner à la convention ou à la disposition une valeur qu'elle n'aurait pas eue avec l'énonciation de la véritable date, dans cette hypothèse qui renferme une fraude à la loi, la preuve de la fausseté de la date peut être administrée, soit par témoins, soit à l'aide de présomptions simples. Mais remarquons bien que le débat étant engagé entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, l'acte continue à faire foi entre eux de sa date, et que c'est à celui ou ceux qui l'attaquent à fournir la preuve contraire. Remarquons encore que l'attaque dirigée contre la sincérité de l'énonciation n'est, en réalité, que la contestation de la validité ou de l'efficacité de l'acte en lui-même.

Ainsi, celui qui a souscrit un acte qui n'a point acquis date certaine, antérieurement à la dation d'un conseil judiciaire ou à son interdiction, est admis à établir par tous moyens de preuve contraire que cet acte a été fait postérieurement, et qu'il a été antidaté pour échapper à sa nullité de droit. Mais c'est à lui qu'incombe la charge de cette preuve contraire. Tant que la fausseté de ses énonciations n'est pas démontrée, l'acte fait foi de sa date, en faveur de la partie qui s'en prévaut, sans qu'elle soit tenue de prouver qu'il a été consenti avant l'interdiction du souscripteur ou la nomination d'un conseil judiciaire pour sa personne. La présomption contraire de l'inexactitude ou de la fausseté de la date, sur la seule contestation d'une partie intéressée, outre qu'elle est démentie par les énonciations de l'acte, serait en opposition avec tous les principes de droit (1).

(1) DURANTON, T. 3, n° 772. — AUBRY et RAU, sur Zachariæ, T. 5, pag. 673, n^te 91. Ils avaient d'abord embrassé l'opinion contraire, T. 1, pag. 257, n^te 2. — Nancy, 21 mai 1842. DALLOZ, 42, 2, 185.

Mais du moment que la date est contestée, comme il ne s'agit pas simplement de savoir si l'acte porte une date antérieure à l'interdiction du souscripteur ou à la dation d'un conseil judicaire, mais bien si cet acte a été réellement souscrit par l'obligé à une époque où il pouvait contracter un engagement valable, il ne suffirait pas de constater que l'acte porte telle date, sans rechercher ni examiner, en outre, si cette date n'a pas été frauduleusement altérée et falsifiée (1). Ce n'est pas cependant, qu'on veuille bien y faire attention, qu'il y ait alors interversion dans la charge de la preuve, et que le créancier ait à prouver la sincérité de la date énoncée et contestée par son adversaire. Il s'ensuit seulement, la charge de la preuve contraire incombant toujours à ce dernier, que le juge doit, lorsqu'il déclare la validité du titre attaqué et qu'il en ordonne l'exécution, constater au moins que rien ne prouve l'inexactitude et la fausseté de la date qu'il énonce, sans se borner à dire qu'il contient telle date, et sans s'expliquer, en outre, sur sa sincérité.

Les mêmes principes s'appliquent au cas où une personne attaque, comme postdaté, un acte qu'elle prétend avoir été souscrit par elle en minorité, ou comme antidaté, un acte qu'elle dit n'avoir consenti que depuis son mariage, sans l'autorisation de son mari.

8. Quant aux héritiers et ayants-cause de celui qui a souscrit l'acte sous seing privé, ils peuvent de même, par la preuve contraire, attaquer la sincérité de la date énoncée, lorsque la validité de l'acte est subordonnée à la réalité de la date qui lui a été donnée par les parties, et que sa nullité dépend de celle que la partie qui l'attaque lui attribue comme véritable. Tel est le cas où les héritiers d'une personne prétendent que, nonobstant la date énoncée dans l'acte, elle l'a réellement souscrit pendant sa minorité, durant le mariage, après son interdiction ou sa soumission à un conseil judiciaire. Mais

(1) Cass., 4 fév. 1835. Dalloz, 35, 1, 32.

l'acte ne laisse pas de faire foi, à leur égard, de la sincérité de la date qu'il exprime, jusqu'à preuve contraire.

9. Par exemple, comme le contrat de rente viagère doit être essentiellement aléatoire et ne pas constituer une spéculation, en quelque sorte à coup sûr, la loi annule tout contrat de rente viagère créé sur la tête d'une personne déjà atteinte de la maladie dont elle est morte dans les vingt jours de la date du contrat (1975). Or, il peut se faire que l'acte ait été antidaté, dans le but de le soustraire à la nullité prononcée contre lui.

Mais cette antidate peut d'abord avoir eu lieu, afin de déguiser sous les apparences d'un contrat à titre onéreux une véritable libéralité. Nous ne voyons alors rien dans les principes du droit qui empêche, dans ce but, l'antidate de l'acte, parce qu'elle n'est, en réalité, autre chose qu'une renonciation virtuelle à la nullité que la loi prononce. Dans ce cas, on prouverait vainement l'antidate, puisque le contrat vaudrait toujours comme donation.

Si elle n'a eu d'autre objet que de le soustraire à la nullité prononcée par l'article 1975, alors le constituant, si la rente a été créée sur la tête d'un tiers, ou ses héritiers, si elle a été créée sur sa tête, sont admis à prouver que le contrat a été réellement passé dans les vingt jours du décès. Mais c'est à celui qui prétend que le contrat a eu lieu dans ce délai, à en administrer la preuve. Car l'acte, même sous seing-privé, fait foi, jusqu'à preuve contraire, entre les contractants et leurs héritiers, de la sincérité de la date qu'il énonce, alors même qu'il n'a point acquis date certaine (1). Ainsi, d'une part, on ne peut dire, comme le prétend M. Delvincourt (2), que l'acte est présumé de plein droit antidaté, s'il n'a acquis date certaine, à l'égard des héritiers du constituant qui sont alors ré-

(1) Duranton, t. 18, n° 151. — Troplong, *Contrats aléatoires*, n°s 277 et suiv. — Zachariæ, t. 3, pag. 83; et t. 5, pag. 673. — Cass., 15 juill. 1824. Sirey, 25, 1, 46. — 5 avril 1842. Sirey, 42, 1, 300.

(2) T. 3, pag. 425, n° 9.

putés tiers, et que c'est à ceux qui en demandent l'exécution à prouver la sincérité de la date; ni, d'autre part, soutenir qu'à défaut de date certaine acquise suivant l'article 1328, l'acte ne peut être opposé aux héritiers du constituant, contre lesquels même il est impossible de prouver qu'il n'existe aucune antidate.

10. A l'égard des tiers, l'acte sous seing privé ne fait foi de sa date envers eux que lorsque cette date est devenue certaine par l'un des moyens indiqués par l'article 1328. Ce principe, incontesté sous l'ancien (1) comme sous le nouveau droit, est fondé sur la facilité avec laquelle les parties, seules maîtresses de la rédaction de leur acte, peuvent l'antidater ou le post-dater. Les actes de cette espèce ne font donc point foi de leur date, à l'égard des tiers, pas même jusqu'à preuve contraire de la part de ces derniers. Loin de là, c'est à la partie qui s'en prévaut contre eux, à établir qu'ils ont acquis date certaine.

Cette différence, sous le rapport de la force probante des actes sous seing privé, entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, d'une part, et les tiers, de l'autre, a une très grande importance pratique. On ne saurait donc poser avec trop de soin les principes suivant lesquels ils se distinguent les uns des autres; et l'intérêt même de cette distinction s'accroît autant par les controverses de la doctrine et la diversité de la jurisprudence, que par les difficultés théoriques de la question.

11. Le mot, héritier, présente par lui-même une signification suffisamment claire. Il signifie toute personne venant à la succession d'une autre, en vertu d'une vocation légale ou testamentaire. Sous ce rapport, il faut placer sur la même ligne que l'héritier, tout successeur universel ou à titre universel, régulier ou irrégulier, qui représente activement et passivement la personne du défunt.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 715.

Mais si le sens du mot, héritier, peut être facilement déterminé, il n'en est pas de même de l'expression, ayant-cause; ou plutôt, s'il est aisé d'en donner la définition d'une manière générale, de très sérieuses difficultés viennent tout aussitôt en embarrasser l'application. On peut définir l'ayant-cause, tout successeur particulier qui, en vertu d'un titre onéreux ou gratuit, soit qu'il tienne ses droits d'un testament, d'un contrat, ou de la loi, représente, dans l'exercice de ses droits et actions, la personne de son auteur. Et, dans le sens de cette représentation, on peut dire que les héritiers et autres successeurs universels ou à titre universel sont également ayants-cause du défunt. Mais cette expression, qui vient dans le langage du droit toujours à la suite de celle d'héritiers, doit conserver son acception particulière, et en quelque sorte consacrée, suivant laquelle elle signifie spécialement, nous dirons même exclusivement, les successeurs particuliers, tels que le légataire, le donataire, l'acquéreur, l'échangiste, le locataire, l'antichrésiste.

Pris à la lettre, ce mot ayant-cause, *causam habens*, signifie celui qui a la même cause que son auteur, un titre commun et identique, soit qu'il s'agisse d'exercer un droit, de diriger une poursuite, d'intenter une action, d'y défendre ou de présenter une exception. En ce sens, le créancier qui poursuit le payement de ce qui lui est dû par la réalisation du gage de sa créance, est l'ayant-cause de son débiteur, bien qu'il l'ait pour adversaire, lorsque, exerçant les droits qu'il tient de la loi, il forme une saisie-arrêt, une saisie mobilière ou immobilière. Il est alors l'ayant-cause de son débiteur, en tant qu'il exerce en son lieu et place, contre lui et malgré lui, le droit de percevoir la créance arrêtée, de vendre les meubles ou immeubles saisis.

Est-ce à dire que, en cette qualité d'ayants-cause, on pourra opposer à d'autres personnes, comme faisant foi de leur date, les actes sous seing privé émanés de leur auteur, bien qu'ils n'aient point acquis date certaine, lorsque ces actes confèrent à des tiers des droits qui, s'ils étaient reconnus à leur préju-

dice, viendraient annuler, anéantir, restreindre ou modifier ceux dont elles se trouvent personnellement investies? Nous examinerons cette question sous l'article 1328.

12. Quoi qu'il en soit, la première condition nécessaire pour qu'un acte sous seing privé fasse foi de sa date entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, c'est qu'il fasse titre obligatoire envers leurs auteurs. Car s'il ne constatait pas régulièrement l'engagement qu'il énonce, de manière qu'il ne pût être opposé à l'une des parties, ce ne serait pas seulement la force probante de l'acte, quant à la date qu'il exprime, qui serait attaquée, ce serait l'existence de la convention ou disposition même qui serait contestée.

Nous empruntons un exemple aux Recueils d'arrêts. Par acte sous seing privé, en date du 6 janvier 1835, Dugrand-Launay avait constitué au profit de Dugrez, son jardinier, une rente viagère de trois cent douze francs, moyennant un capital de deux mille six cents francs, qu'il déclara avoir reçu de lui. Dugrez ne sachant pas signer, l'acte fut seulement signé de Dugrand-Launay, et l'écrit resta entre les mains du constituant. Après le décès de Dugrez, ses héritiers demandent le remboursement des deux mille six cents francs. Dugrand-Launay oppose l'acte du 6 janvier 1835, et prétend que la somme lui est acquise par le décès du rentier. Mais cet acte n'avait été enregistré que le 12 juillet 1836, postérieurement au décès de Dugrez. Les héritiers prétendent, en conséquence, que l'écrit n'étant point signé de leur auteur, et n'étant point eux-mêmes héritiers ou ayants-cause de l'unique souscripteur, ils étaient de véritables tiers contre lesquels le titre du 6 janvier 1835 ne faisait point foi de sa date; que n'ayant acquis date certaine qu'après le décès du rentier, la constitution de rente viagère était nulle et sans effet, aux termes des articles 1974 et 1975, sans que le constituant pût être admis à en faire remonter la date à une époque antérieure, à l'aide de la seule preuve testimoniale, les moyens indiqués par l'arti-

cle 1328, pour faire acquérir date certaine à un acte sous signature privée, ne pouvant être suppléés par aucun autre.

18 février 1837, arrêt de la Cour d'Angers (1), qui consacre ces prétentions des héritiers Dugrez; et M. Troplong (2) approuve les motifs de cette décision.

Il nous semble, au contraire, que ce n'est que par l'effet d'une véritable confusion que l'arrêt, qui du reste, au fond, a bien jugé, a posé la question dans les termes de l'article 1328. En voici la preuve: L'acte de constitution de rente n'étant signé que du constituant et étant toujours resté en sa possession, ne pouvait faire titre en sa faveur, car il était toujours facile de lui répondre qu'il s'était créé lui-même, et quand il l'avait voulu, ce prétendu titre. C'est au fond ce que prétendaient les héritiers Dugrez, qui ne se disaient tiers étrangers que parce que l'acte ne pouvait pas plus leur être opposé qu'à leur auteur lui-même qui ne l'avait pas signé. Or, qu'importait ici l'article 1328? Il était évidemment sans influence pour la décision de la question, puisque, en supposant l'enregistrement de l'acte opéré antérieurement au décès du rentier, ses héritiers, aussi bien que lui auraient pu toujours soutenir que le constituant s'était créé un titre à lui-même. Il s'agissait donc en réalité de savoir, non pas si cet acte faisait ou non foi de sa date, mais bien s'il formait un titre régulièrement obligatoire; question qui sort des termes de l'article 1328, et pouvait, dans l'espèce, être résolue par les circonstances de la cause, telles que des poursuites en payement, ou des quittances d'arrérages de la part du rentier.

ARTICLE 1323.

Celui auquel on oppose un acte sous seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. — Ses héritiers ou ayants-cause peu-

(1) SIREY, 39, 2, 426.
(2) *Contrats aléatoires*, n° 228.

vent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur.

ARTICLE 1324.

Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants-cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice.

Sommaire.

1. L'action en reconnaissance ou en vérification est principale ou incidente.
2. Elle peut être intentée, soit que l'obligation soit exigible ou non. *Quid* des dépens dans ce cas?
3. Des dépens, lorsque le demandeur conclut en outre au payement de la dette.
4. Des délais d'assignation. Distinction.
5. De l'action en reconnaissance ou en vérification incidente.
6. La signature ou l'écriture doit être formellement désavouée ou méconnue par le défendeur.
7. Il n'est pas nécessaire de prendre des conclusions expresses en reconnaissance.
8. Distinctions établies par notre ancien droit, aujourd'hui rejetées.
9. Le défendeur doit s'expliquer d'une manière nette et catégorique.
10. Le juge doit, avant toute condamnation, vérifier l'écriture ou la signature.
11. On peut prendre la voie de l'inscription de faux contre un écrit privé,
12. A moins qu'il n'ait été formellement reconnu.
13. Nonobstant la reconnaissance ou la vérification, on peut faire valoir contre l'acte tous vices de fond ou de forme.

COMMENTAIRE.

1. Comme l'acte sous seing privé, quelque régulier qu'il soit quant à la forme, ne fait foi entre ceux qui l'ont souscrit, et entre leurs héritiers et ayants-cause, que lorsqu'il est reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, la partie qui se prévaut d'un acte semblable doit, avant tout, obtenir de son adversaire ou de la justice, cette reconnaissance ou vérification, qui est le fondement de la force probante de son titre.

Cette action en reconnaissance ou vérification d'un acte sous signature privée est principale ou incidente. Elle est incidente, lorsqu'elle est poursuivie dans le cours d'une instance, et à l'occasion d'une demande fondée sur l'acte privé qu'il s'agit de faire reconnaître ou vérifier.

Elle est principale, lorsque sans former, quant à présent, une demande en condamnation, le demandeur se borne à poursuivre la reconnaissance de son titre sous seing privé. Nous nous occuperons d'abord de cette dernière action.

2. Elle peut être formée, soit que l'obligation soit exigible, ou qu'elle ne soit pas encore échue. Mais, « lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut du payement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire. » Quant aux frais relatifs à ce jugement, la même loi du 3 septembre 1807 dispose qu'ils ne pourront être répétés contre le débiteur, que dans le cas où il aura dénié sa signature. Les frais de l'enregistrement de l'écrit seront également à sa charge lorsqu'il aura dénié sa signature, ou lorsqu'il aura refusé de se libérer après l'échéance ou l'exigibilité de la dette (1).

Que si, au contraire, l'obligation est exigible, le jugement de reconnaissance emporte une hypothèque judiciaire (2123) qui peut être immédiatement inscrite.

Mais si, dans ce cas, le défendeur ne dénie pas la signature, tous les frais relatifs à la reconnaissance ou à la vérification, même ceux de l'enregistrement de l'écrit, seront à la charge du demandeur (193, C. pr.). Et ils y resteront même au cas où le défendeur n'aurait point acquitté la dette; car la loi de 1807, dans la partie même qui statue sur les dépens, ne s'applique point à l'hypothèse où la dette est exigible.

Il n'y a point d'ailleurs à distinguer quant aux dépens, soit

(1) Voy. 1186, n° 19.

que l'action soit formée avant ou après l'exigibilité de la dette, entre le cas où le défendeur dénie sa signature, et celui où il se borne à ne pas reconnaître celle de son auteur. Dans ce dernier cas, comme dans le premier, il doit supporter les frais de la vérification. Vainement, pour fonder cette distinction, on argumente des termes de l'article 193, C. pr., qui pour le cas où le défendeur ne dénie pas la signature, met à la charge du demandeur tous les frais relatifs à la reconnaissance ou à la vérification. Or, dit-on, s'il y a lieu, dans les prévisions de l'article 193, à vérification, c'est qu'il suppose que le défendeur a déclaré ne point reconnaître la signature de son auteur. Donc, dans ce cas, le demandeur doit payer les frais, bien qu'il gagne son procès, l'écrit ayant été judiciairement reconnu.

Mais cette distinction nous semble reposer sur une fausse interprétation de l'article 193, C. pr.; en effet, s'il met en opposition le cas de reconnaissance et celui de vérification, ce n'est pas qu'il suppose une contestation de la part du défendeur, en ce sens seulement qu'il ne reconnaît pas l'écriture de son auteur. Ces expressions correspondent respectivement aux termes dans lesquels l'action en vérification peut être conçue; celui de reconnaissance, lorsque l'action est formée pour avoir acte de la reconnaissance du souscripteur lui-même; celui de vérification, lorsqu'elle est formée pour faire tenir l'écrit pour reconnu. Ces termes sont des formules diverses, suivant que la signature émane du défendeur ou de son auteur. Mais l'article 193 n'a pas entendu faire par là exception à la règle générale posée dans l'article 130, C. pr., qui met les dépens à la charge de la partie qui succombe, eût-elle été même de bonne foi dans sa contestation. Celui qui dénie sa propre signature, ou qui méconnaît la signature de son auteur, doit donc indistinctement supporter les frais de l'instance en reconnaissance ou en vérification, lorsque l'écrit est judiciairement vérifié (1).

(1) Chauveau, sur Carré, *Quest.* 800. — Cass., 11 mai 1829. Sirey, 29, 1, 178. — *Contrà*, Duranton, t. 13, nº 119.

3. Les dispositions de l'article 193, C. pr., relatives aux dépens, ne sont applicables que lorsqu'il s'agit d'une demande exclusivement formée en reconnaissance ou vérification d'écriture. Si, outre ce chef de demande, le demandeur avait conclu suivant son droit, l'obligation étant exigible, à une condamnation en payement, et que cette condamnation fût prononcée, tous les frais de l'instance, même ceux de l'enregistrement de l'écrit, devraient être mis à la charge du défendeur, alors même qu'il n'aurait point dénié la signature. Ce cas est, en effet, bien différent de l'autre. Dans le premier, comme il n'y a pas eu contestation de la part du défendeur, et que le demandeur, poursuivant seulement la reconnaissance ou vérification de la signature, ne s'est pas prévalu de l'exigibilité de la dette pour en demander le payement, il est juste que le défendeur, qui ne dénie point la signature, ne soit pas condamné aux dépens d'une instance véritablement frustratoire. Dans le second cas, au contraire, bien qu'il n'y ait point contestation de sa part, en ce qui concerne la reconnaissance de l'écrit, néanmoins, comme il est en faute pour ne point avoir payé à l'échéance, alors que le payement lui était demandé, il doit être condamné aux frais, suivant la règle générale.

Mais il est fort rare, ou pour mieux dire, il n'arrive jamais que le créancier se borne, lorsque l'obligation est devenue exigible, à conclure dans sa demande aux fins de reconnaissance d'écriture et de signature seulement. Il conclut toujours en même temps à une condamnation au payement de la dette. Ces conclusions en payement sont même, le plus souvent, les seules prises, sauf au défendeur à dénier ou méconnaître la signature dans le cours de l'instance, et à élever ainsi incidemment une question de reconnaissance ou de vérification.

4. Lorsqu'il s'agit d'une demande principale en reconnaissance et vérification d'écritures privées, le demandeur peut, sans permission du juge, faire assigner à trois jours pour avoir acte de la reconnaissance, ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu (193, C. pr.). Mais si, à cette demande, il joint un chef

de conclusions formelles en payement, l'obligation étant exigible, l'action doit être formée et introduite suivant les règles ordinaires, soit quant aux délais légaux d'ajournement, soit quant au préliminaire de conciliation.

5. Nous avons dit que l'action en reconnaissance était incidente lorsqu'elle était poursuivie dans le cours d'une instance, et à l'occasion d'une demande en condamnation fondée sur l'acte sous seing privé qu'il s'agit de vérifier. C'est même presque toujours par cette voie incidente que se présente la question de vérification ou de reconnaissance.

Du reste, dans ce cas comme dans celui d'une action principale, si le défendeur dénie la signature à lui attribuée, ou déclare ne pas reconnaître celle attribuée à un tiers, la vérification en pourra être ordonnée, tant par titres que par experts et par témoins (195, C. pr.).

6. Soit que la reconnaissance de l'acte sous seing privé soit poursuivie par voie principale ou par voie incidente, celui auquel on oppose l'écrit est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature (1323).

Remarquons ici une différence essentielle entre celui à qui on attribue comme personnelle l'écriture ou la signature, et ses héritiers, successeurs ou ayants-cause. S'il doit avouer ou désavouer formellement, ceux-ci, au contraire, peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur (1323).

Au surplus, dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants-cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice (1324). Et le Code de procédure contient les règles particulières suivant lesquelles elle est ordonnée et faite.

Mais il y a cette différence, que s'il est prouvé que la pièce est écrite ou signée par celui qui l'a déniée, il sera condamné à cent cinquante francs d'amende envers le domaine, outre les

dépens, dommages et intérêts de la partie, et pourra être condamné par corps même pour le principal (213, C. pr.). Or, cette disposition ne s'applique point aux représentants ou ayants-cause du prétendu signataire.

7. Lorsqu'une partie forme une demande fondée sur un acte sous seing privé, il n'est pas nécessaire, pour mettre le défendeur en demeure de le désavouer ou de le méconnaître, qu'elle prenne dans son ajournement des conclusions formelles en reconnaissance ou en vérification. Il suffit que l'acte lui soit notifié en tête de l'exploit, ou communiqué dans le cours de l'instance, pour qu'il soit censé le reconnaître par son seul silence, par cela même qu'il ne le dénie ni ne le méconnaît (1).

A plus forte raison l'acte devra-t-il être tenu pour reconnu, si le défendeur a demandé un délai, discuté l'étendue de l'obligation, présenté enfin un système de défense qui implique sa reconnaissance ou son aveu.

Il est néanmoins plus sage et plus prudent de conclure formellement à la reconnaissance des écritures et signatures, sans préjudice des autres chefs de conclusions à fin de payement. C'est que, dans ce cas, si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut, et l'écrit sera tenu pour reconnu (194, C. pr.); tandis qu'en l'absence de conclusions formelles à fin de faire tenir l'écrit pour reconnu, les juges, en donnant défaut, ne pourraient adjuger les conclusions que si elles se trouvaient justes et bien vérifiées, conformément à la règle générale de l'article 150, C. pr.

Ce n'est pas que nous pensions que les tribunaux ne puissent point adjuger les conclusions du demandeur, sous le prétexte qu'on ne peut les considérer comme justifiées, puisqu'elles ne sont fondées que sur un écrit privé dont la signature n'est ni reconnue, ni vérifiée. Car, s'ils peuvent adjuger les

(1) TOULLIER, T. 8, n° 229. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 669. — DURANTON, T. 13, n° 113 et 114. — FAVARD, Rép., v° *Acte sous seing privé*, sect. 1, § 1. — Cass., 27 août 1835. SIREY, 35, 1, 584.

conclusions du demandeur, alors même qu'une simple obligation verbale est invoquée, à plus forte raison le peuvent-ils lorsqu'il s'agit d'une obligation écrite qu'ils ont le droit et le pouvoir de vérifier eux-mêmes, contre laquelle le défendeur n'élève aucune objection, et est présumé, par son défaut, n'en avoir aucune à élever (1).

Nous pensons enfin que les juges pourraient, avant d'adjuger le défaut, ordonner d'office et par forme d'avant faire-droit, la vérification de la pièce, à la diligence du demandeur. M. Toullier (2) objecte vainement que ce serait lui accorder ce qu'il ne demandait point par son assignation. Sans doute, il n'a pas conclu à la reconnaissance et à la vérification, mais seulement dans la pensée que l'écrit ne serait point contesté. Or, lorsque le juge veut pour lui-même une vérification, l'obligation de la rapporter est imposée au demandeur de la même manière et au même titre que dans les cas divers où il s'agit d'une vérification quelconque à faire. L'objection de M. Toullier, si elle prouvait quelque chose, tendrait à interdire au juge la faculté d'ordonner toute vérification avant d'adjuger le défaut; car jamais elle n'est demandée par la partie d'une manière principale, puisqu'elle désire, au contraire, en être dispensée.

8. Cependant les articles 6 et 7 de l'Edit de septembre 1684 établissaient une distinction. Lorsque c'était la partie elle-même qui avait écrit ou signé, qui était assignée en reconnaissance de son écriture ou de sa signature, le juge pouvait, sur son défaut et sans autre vérification préalable, tenir l'écrit pour reconnu. Mais si le défendeur était assigné en reconnaissance d'écriture ou de signature, en qualité de représentant ou d'ayant-cause, le juge ne pouvait tenir l'écriture ou la signature pour reconnue, sans ordonner, au préalable, une vérification.

Toutefois, une déclaration du 15 mai 1703, disposait que

(1) *Contrà*, Toullier, t. 8, n° 229.
(2) T. 8, *ibid.*

les porteurs de promesses, billets ou autres actes de commerce, pourraient obtenir condamnation sur de simples assignations en la manière ordinaire, sans que, au préalable, il fût besoin de procéder en reconnaissance, sinon en cas que le défendeur déniât la vérité desdits actes. Mais il n'y a plus, sous ce rapport, à faire de distinction entre les matières civiles et les matières commerciales. Si le défendeur ne comparait pas, après avoir été assigné, pour avoir acte de la reconnaissance ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu, il sera donné défaut, et l'écrit sera tenu pour reconnu (193-194, C. pr.). Ces dispositions sont générales et n'admettent aucune distinction.

Enfin, si le demandeur s'est borné à conclure au payement, sans prendre de conclusions à fin de vérification ou de reconnaissance, et que le défendeur fasse défaut, le tribunal n'adjuge la demande que si elle se trouve juste et vérifiée, soit qu'il s'agisse de matière commerciale ou de matière civile (154, C. pr.).

Mais comme les tribunaux de commerce sont des tribunaux d'exception, ils doivent, si une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux, et que la partie persiste à s'en servir, renvoyer devant les juges qui doivent en connaître et surseoir au jugement de la demande principale. Néanmoins, si la pièce n'est relative qu'à un des chefs de la demande, il pourra être passé outre au jugement des autres chefs (427, C. pr.).

9. Le défendeur assigné en reconnaissance de l'écrit, ou simplement en payement de la dette, doit donc s'expliquer d'une manière nette et catégorique, désavouer formellement l'écriture ou la signature qu'on lui attribue, ou méconnaître celles qu'on attribue à son auteur (1323). S'il ne donne point d'explications formelles et positives, si, sous divers prétextes, il élude de les fournir, les juges peuvent lui fixer un délai, passé lequel, faute par lui de s'être expliqué, l'écrit sera tenu pour reconnu (1).

(1) Toullier, t. 8, n° 232.

Ils peuvent même, sans qu'il soit besoin de lui impartir préalablement un délai, tenir immédiatement, suivant les circonstances, l'écrit pour reconnu, par cela seul que le défendeur ne le désavoue pas ou ne le méconnaît pas formellement, qu'il refuse ou élude de fournir des explications.

Si même le défendeur auquel on attribue, comme émanées de sa main, l'écriture ou la signature, et qui doit dès lors les désavouer ou avouer formellement, se bornait à déclarer, comme si elles émanaient de son auteur, qu'il ne les reconnaît pas, les juges pourraient, dans ce cas, suivant les circonstances de la cause, ne pas voir dans cette simple non reconnaissance une expression suffisante de désaveu, et, en conséquence ils pourraient, sans avoir besoin d'ordonner une vérification préalable, tenir l'écrit pour reconnu (1).

10. Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants-cause déclarent ne les point connaître, il y a obligation pour le juge de vérifier, avant toute condamnation, la sincérité de l'acte, alors même que le défendeur n'a pas pris de conclusions formelles sur ce point. Les termes de l'article 1324 sont en effet impératifs; et quand ils portent que la vérification en est ordonnée en justice, ils imposent au juge l'obligation de l'ordonner même d'office. Rappelons, d'ailleurs, que cette vérification est le fondement de la force probante de l'acte sous signature privée (2).

Ce n'est point, cependant, que le juge soit tenu d'ordonner cette vérification, soit par titres, par témoins ou par experts. Il peut, lorsque l'inspection de la pièce désavouée ou méconnue, son état matériel, les explications des parties, les diverses circonstances de la cause, lui fournissent des éléments suffisants de conviction, statuer d'ores et déjà, sans ordonner

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 669, n[te] 81. — Cass., 9 déc. 1839. Sirey, 40, 1, 30.

(2) Zachariæ, t. 5, pag. 669. — Cass., 15 juill. 1834. Sirey. 34, 1, 649. — 6 fév. 1837. Sirey, 37, 1, 201.

aucune autre mesure d'instruction. Les termes de l'article 195, C. pr., indiquent qu'il a sur ce point une faculté dont il peut user ou ne pas user, suivant les circonstances; et cette faculté ne s'applique pas seulement au choix qu'il lui est loisible de faire entre les divers moyens de vérification, tels que les titres, les témoins et les experts. Elle s'applique à la mesure d'instruction elle-même, indépendamment du choix qu'il est autorisé à faire entre les divers éléments qui peuvent servir à former sa conviction sur la sincérité ou la fausseté de la pièce.

D'autre part, l'article 323, C. pr., disposant que les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose, comment prétendrait-on les soumettre à la nécessité d'ordonner une mesure inutile, dans tous les cas, soit que ses résultats soient conformes ou contraires à leur conviction? Ainsi se concilie l'article 1324 avec la faculté que nous attribuons au juge : avant tout, il faut vérifier l'acte sous seing privé; mais le juge, comme expert de droit et supérieur à tous autres, peut faire lui-même cette vérification (1), soit pour admettre tout de suite l'acte comme sincère (2), ou pour le rejeter comme faux (3), alors surtout, dans cette dernière hypothèse, qu'il est attaqué comme ayant été obtenu au moyen de la substitution frauduleuse d'un écrit à un autre (4). La loi s'en rapporte, en un mot, sur ce point, à la sagesse et aux lumières du juge.

11. Au lieu de se borner à désavouer ou à méconnaître

(1) BONCENNE, *Procédure civile*, T. 3, pag. 486. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 803, *ter*. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 670. — *Contrà*, RAUTER, *Procédure*, n° 198.

(2) Cass., 9 fév. 1830. SIREY, 30, 1, 235.—24 mai 1837. SIREY, 37, 1, 519. — 9 déc. 1839. SIREY, 40, 1, 30. — 3 déc. 1839. SIREY, 40, 1, 190. — 3 juill. 1850. SIREY, 50, 1, 705.

(3) Voy. 1319, n°s 19 et suiv. — Cass., 23 août 1836. SIREY, 36, 1, 740. — 14 mars 1837. SIREY, 37, 1, 199. — 14 juin 1843. SIREY, 43, 1, 685.

(4) Cass., 14 nov. 1837. SIREY, 38, 1, 801.

l'écriture ou la signature qu'on lui oppose, et de mettre, par cette dénégation ou cette méconnaissance, son adversaire dans la nécessité de faire procéder à la vérification de l'acte, le défendeur peut, par une attitude plus offensive, prendre l'initiative de l'attaque en s'inscrivant en faux. Mais alors c'est à lui qu'incombe la charge de prouver la fausseté de la pièce, tandis qu'en cas de vérification, la preuve de sa sincérité est à la charge de celui qui l'invoque.

Il y a mieux : celui qui prétend qu'une pièce signifiée, communiquée ou produite dans le cours de la procédure, est fausse ou falsifiée, peut, s'il y échet, être reçu à s'inscrire en faux, encore que ladite pièce ait été vérifiée, soit avec le demandeur, soit avec le défendeur en faux, à d'autres fins que celles d'une poursuite en faux principal ou incident, et que, en conséquence, il soit intervenu un jugement sur le fondement de ladite pièce comme véritable (214, C. pr.).

Une simple vérification d'écriture ne forme donc point obstacle à la recevabilité d'une inscription de faux, soit que cette vérification ait été faite contradictoirement entre les mêmes parties ou avec d'autres. Seulement, les rôles changent alors. De la défensive où il s'était tenu jusque-là, celui qui s'inscrit en faux passe à l'offensive, et après avoir laissé, pendant l'instruction en vérification, à son adversaire, la charge de prouver la vérité et la sincérité de l'acte, il assume désormais sur lui l'obligation d'en établir la fausseté ou la falsification.

12. Il est sans doute inutile de remarquer ici que, si la partie à qui on oppose un acte privé avait formellement reconnu son écriture et sa signature ou celles de son auteur, elle ne serait plus recevable à s'inscrire en faux, à moins qu'elle ne prouvât que sa reconnaissance est le résultat de l'erreur ou du dol; par exemple, au cas où elle aurait été trompée par l'imitation parfaite de l'écriture et de la signature, au point de les reconnaître comme émanant d'elle-même, quoiqu'elles soient l'œuvre d'un habile faussaire.

Mais si elle n'avait fait que reconnaître sa signature ou celle

de son auteur, et qu'elle prétendît ensuite que le corps de l'acte, non écrit de la main de l'un ni de l'autre, est faux, falsifié, frauduleusement altéré dans son contexte ou dans quelqu'une de ses parties, elle serait recevable à s'inscrire en faux. Car il n'y a pas eu, de sa part, une reconnaissance formelle et explicite de la sincérité de l'acte.

13. Du reste, la reconnaissance et l'aveu de l'écriture et de la signature, aussi bien que leur vérification judiciaire, n'enlèvent point à la partie à laquelle on les oppose, le droit de faire valoir contre l'exécution de l'acte tous autres moyens de droit tirés de l'existence du dol, de la violence, de l'erreur, de l'incapacité, du défaut ou de l'illégalité de la cause.

Elle pourra même, en dehors de ces points qui touchent à l'efficacité de la convention ou de la disposition en elle-même, attaquer l'acte sous le rapport des vices de forme, qui lui enlèvent tout ou partie de sa force probante, à moins qu'elle ne les ait couverts par quelque acte de confirmation ou de ratification.

Toutes ces questions peuvent servir de principe à autant de débats particuliers et nouveaux.

Article 1325.

Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. — Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. — Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. — Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte.

Sommaire.

1. Définition de l'acte sous seing privé, ses conditions de forme.
2. Des surcharges, interlignes, renvois et apostilles.
3. Des ratures.
4. De l'écriture et de la signature.
5. De la remise d'un blanc-seing.
6. La validité de l'acte est indépendante de l'accomplissement des formalités fiscales. Exception introduite par la loi du 5 juin 1850.
7. Dispositions exceptionnelles des articles 1325 et 1326. Bon pour et double écrit.
8. Comment ont été introduites dans le Code Napoléon les dispositions de l'article 1325.
9. Sur quel ordre d'idées elles sont fondées. Examen critique.
10. Suite.
11. Ce que l'on doit entendre ici par conventions synallagmatiques.
12. L'article 1325 est inapplicable aux contrats synallagmatiques imparfaits,
13. A moins qu'ils ne produisent des obligations bilatérales. Exemples tirés du cautionnement, de l'acquiescement,
14. Des arrêtés de compte. Distinction.
15. Des reconnaissances de dette. Distinction.
16. Du compromis.
17. Des révocations et résolutions de contrats synallagmatiques. Distinction.
18. Des résiliations de baux et congés.
19. Des promesses de contrats synallagmatiques.
20. L'article 1325 est inapplicable si l'une des parties a exécuté son engagement.
21. Peu importe que le vendeur qui a livré la chose reste tenu de la garantie.
22. *Secùs*, si le vendeur s'est réservé, par exemple, un droit d'usufruit.
23. Du nombre des originaux. Quelles personnes ont le même intérêt?
24. Ou un intérêt distinct?
25. Si plusieurs ont un intérêt commun, peu importe à qui d'entre eux leur original est remis, s'il n'y a stipulation particulière.
26. Chaque original doit mentionner le nombre des originaux qui ont été faits.
27. Le défaut de cette mention sur un seul suffit pour infirmer l'acte.
28. On peut prouver la fausseté de la mention.
29. Le défaut de cette énunciation ne peut être suppléé par une offre de preuve.
30. Il est couvert à l'égard de celui qui a exécuté le contrat.
31. L'exécution a un effet personnel, même entre ceux qui ont un intérêt commun.

32. Il faut que les faits d'exécution soient postérieurs et en dehors de l'acte.
33. L'exécution couvre également le vice de la non rédaction en plusieurs originaux.
34. L'acte n'est soumis à aucune autre formalité.
35. Chaque contractant n'a pas à signer l'acte dont il est porteur.
36. L'article 1325 est inapplicable en matière de commerce. Exceptions.
37. Conséquences de l'inobservation des formalités du double écrit.
38. L'acte vaut comme commencement de preuve par écrit.
39. La convention peut être prouvée autrement.
40. Il fait foi du payement qu'il énonce.
41. Une partie ne peut couvrir le vice de l'acte sans le concours et contre la volonté de l'autre.
42. Le vice est couvert par le dépôt de l'acte entre les mains d'un tiers. Distinction.
43. *Quid*, si les parties échangent des actes constatant leurs obligations mutuelles?
44. Des contrats de vente formés par correspondance.
45. Des différences qui peuvent exister entre les divers originaux.
46. Un extrait suffit pour les parties ayant un intérêt distinct.
47. Observation sur le défaut de signature de l'un des contractants.

COMMENTAIRE.

1. L'acte sous seing privé contient lui-même sa définition ; c'est celui qui, sans l'intervention d'aucun officier public en cette qualité, est fait sous la seule signature des parties.

Il n'est soumis à aucune des formalités prescrites pour la passation des actes authentiques, et les parties dont il est l'œuvre exclusive peuvent le rédiger dans la forme qu'elles jugent la plus convenable. Il n'y a d'essentiel que leur signature.

Quant à cette signature, elle doit y être tracée en caractères ordinaires (1), sans qu'une croix, une sous-marque, un signe quelconque puissent la remplacer. L'apposition de pareils signes équivaut à l'absence de toute signature (2).

L'acte sous seing privé n'a même pas besoin d'être daté pour être valable (3), sauf aux parties à en établir, suivant

(1) Voy. 1317, n° 22.

(2) MERLIN, Rép., v° *Signature*, § 1, n° 8.—Paris, 13 juin 1807. SIREY, 7, 2, 1210. — Bruxelles, 26 déc. 1811. SIREY, 12, 2, 289.

(3) TOULLIER, T. 8, n° 259. — DURANTON, T. 13, n° 127.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 645.

leur intérêt et leur droit, la date véritable, et sauf au signataire qui prétend que l'obligation est nulle, parce qu'il l'a souscrite en état d'incapacité, à en établir la date réelle par tous moyens de droit.

Par exception, cependant, la loi exige qu'on date le testament olographe (970), la lettre de change (110, C. comm.), l'endossement (137, C. comm.), le billet à ordre (188, C. comm.), les polices d'assurance (332, C. comm.), etc...

Il est également indifférent que l'acte sous seing privé énonce le lieu où il a été passé.

Il peut être écrit n'importe en quelle langue, française ou étrangère, vivante ou morte, et même en un idiome particulier du pays, pourvu que ce soit en une langue intelligible et avec les caractères ordinaires d'écriture.

Il peut être valablement écrit et signé au crayon, ou avec tout autre instrument d'écriture, sauf à la partie qui en conteste le caractère obligatoire, à établir, par les circonstances, qu'il n'est point sérieux.

Les notaires, huissiers et autres fonctionnaires publics et officiers ministériels, peuvent en être les rédacteurs. Les déclarations du 19 mars 1696 et du 14 juillet 1699, qui leur défendaient d'écrire ou de signer comme témoins aucun acte sous seing privé, à peine d'interdiction, de nullité desdits actes et de deux cents livres d'amende, sont aujourd'hui abrogées (1).

Les parties peuvent enfin, si elles le jugent convenable, se faire assister de témoins, signataires ou non.

2. Les dispositions de la loi du 25 ventôse an XI. concernant les surcharges, les interligues, les renvois ou apostilles, ne sont point applicables aux actes sous seing privé. En conséquence, les mots surchargés et interlignés ne sont pas nuls de droit. Mais leur validité est elle-même subordonnée à l'appréciation des circonstances. Ainsi, ils seront valables, sans

(1) Avis du conseil d'Etat du 26 mars 1808. — Cass., 30 nov. 1807. Sirey, 8, 1, 85.

aucun doute, lorsqu'ils seront émanés de celui contre lequel on s'en prévaut, ou bien lorsque l'acte ayant été fait en plusieurs exemplaires, ils se rencontrent également sur tous. Que si, au contraire, les surcharges et interlignes sont de la main de la partie qui s'en prévaut, et que l'acte soit demeuré en sa possession, les juges peuvent déclarer nuls les mots surchargés et interlignés, s'il n'est pas suffisamment établi par les circonstances de la cause que celui à qui on les oppose y a donné son consentement.

Il en est de même des renvois et apostilles qui ne sont point signés, paraphés ni approuvés. Ils ne sont pas frappés de nullité, et peuvent valoir suivant les circonstances. Il s'agit en effet, dans ce cas, uniquement de savoir si la signature de la partie contre laquelle on s'en prévaut s'applique également aux renvois et apostilles, de manière à en faire une partie intégrante de l'acte. S'ils sont écrits de la main de celui à qui on les oppose, nul doute qu'ils ne soient valables, et qu'ils ne participent à la foi due au corps de l'écrit. Mais s'ils émanent de son adversaire, ils peuvent être annulés, s'il n'est pas établi d'une manière suffisante qu'ils ont été écrits du consentement de toutes les parties intéressées (1).

3. En traitant des actes notariés (2), nous avons dit que les ratures non approuvées sont censées n'avoir point existé au moment de la rédaction de l'acte ; qu'en conséquence les mots raturés sont valables, à moins qu'il ne soit démontré que les ratures ont eu lieu du consentement de toutes parties. Mais cette présomption est inapplicable aux actes sous seing privé, parce qu'elle se fonde uniquement sur le devoir imposé au notaire de mentionner et d'approuver les mots rayés, tandis que les personnes privées qui écrivent un acte ne sont point soumises à la même obligation. Les ratures qui existent dans les actes sous seing privé sont donc censées faites lors de leur rédaction et du consentement de toutes parties, de telle sorte

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 646, n[te] 11.
(2) 1319, n° 29.

que les mots rayés sont frappés de nullité, à moins qu'il ne soit établi, par les diverses circonstances de la cause, qu'elles ont eu lieu par accident, fraude, mauvaise foi ou inadvertance; en un mot, sans le concours de la volonté de celui à qui on oppose la nullité des mots rayés.

Des difficultés sérieuses peuvent donc s'élever à l'occasion des surcharges, interligues, renvois, apostilles et ratures. Les parties feront sagement de les prévenir en les signant, paraphant ou approuvant.

4. Les actes sous seing privé peuvent être écrits indifféremment, soit par les parties elles-mêmes, soit par des tiers étrangers (1). Tel est du moins le principe, sauf quelques exceptions relatives au testament olographe (970), et à quelques autres actes d'une nature particulière, dont nous nous occuperons plus loin. L'apposition de la signature au pied de l'acte est la seule formalité qui soit, en général, prescrite pour sa validité.

Telle est même sa puissance à cet égard que l'acte est valable, sans approbation de l'écriture et du contenu de la pièce, bien que le signataire ne sache ou ne puisse ni écrire ni lire, et qu'il sache seulement signer, alors même que l'acte ne lui a point été lu, et qu'il n'a point voulu en prendre connaissance, soit par indifférence, soit par confiance en la personne du rédacteur (2).

5. Ordinairement la signature n'est apposée à l'acte qu'après sa rédaction. Néanmoins, il arrive fort souvent qu'une partie remet d'avance sa signature sur une feuille de papier en blanc destinée à recevoir plus tard le corps de l'écrit. C'est ce qu'on appelle remise d'un blanc-seing. Lorsque l'acte ainsi signé d'avance a été rempli par le tiers à qui il avait été remis en blanc, des conventions, dispositions ou déclarations à la rédaction desquelles il était destiné, il a envers le signataire

(1) Voy. *suprà*, n° 1. — Instit., *Princip.*, *De empt. vend.*
(2) TOULLIER, T. 8, n° 262.

la même foi que s'il n'avait été signé qu'après sa rédaction complète et définitive (1), sans préjudice et sauf preuve des cas de dol et de fraude, si le blanc-seing a été rempli, par abus de la signature, contrairement aux instructions du signataire.

Mais quant aux tiers qui ont contracté de bonne foi, en conséquence et au vu de l'acte dont le blanc-seing a été rempli, leurs droits doivent être maintenus à l'égard du signataire, nonobstant l'abus prouvé du blanc-seing de la part du tiers à qui il avait été confié (2).

6. La validité de l'acte sous seing privé est enfin indépendante de l'accomplissement des formalités fiscales du timbre et de l'enregistrement. Cependant, par une innovation jusque-là sans précédents dans notre législation moderne, et seulement applicable aux effets de commerce, la loi du 5 juin 1850 dispose par son article 5 : « Le porteur d'une lettre de change non timbrée ou non visée pour timbre, conformément aux articles 1, 2 et 3, n'aura d'action, en cas de non acceptation, que contre le tireur; en cas d'acceptation, il aura seulement action contre l'accepteur et contre le tireur, si ce dernier ne justifie pas qu'il y avait provision à l'échéance. Le porteur de tout autre effet sujet au timbre et non timbré, ou non visé pour timbre, conformément aux mêmes articles, n'aura d'action que contre le souscripteur. Toutes stipulations contraires sont nulles. » Mais comme le donneur d'aval est tenu solidairement, et par les mêmes voies que le tireur et souscripteur (142, 187, C. comm.), il reste soumis, comme eux, à l'action réservée par cet article 5 (3).

On voit que l'acte n'est point pour cela frappé de nullité, puisqu'il produit tous ses effets contre quelques-unes des parties, mais qu'il perd seulement de son efficacité sous le rapport

(1) TOULLIER, T. 8, n° 265. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 611.
(2) Voy. 1165, n°s 7 et suiv.
(3) Cass., 11 fév. 1856. SIREY, 56, 1, 513.

du recours, dont l'exercice est subordonné à l'observation, dans les délais prescrits, de la formalité du timbre.

7. Cependant si, en général, les actes sous seing privé ne sont soumis, quant à leur forme, à aucunes conditions particulières; si la loi n'exige pour leur validité que la signature des parties qui s'obligent; si elles sont libres de les rédiger dans la forme et de la manière qui leur paraissent les plus convenables, pourvu qu'elles y expriment nettement et clairement tout ce qui forme la substance de leur convention ou disposition, il existe deux espèces d'actes sous seing privé pour la validité desquels les articles 1325 et 1326 exigent l'observation de formalités spéciales. Ce sont les actes qui contiennent des conventions synallagmatiques, et ceux par lesquels une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable.

8. Nous nous occuperons d'abord des actes de la première espèce. L'article 1325 dispose que les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Arrêtons-nous sur cette première partie de ses dispositions.

Cette obligation de multiplier les originaux des actes sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques, est appelée, dans le langage judiciaire, la formalité du double écrit. Il est bon de savoir comment elle a été introduite dans notre législation civile.

La théorie du double écrit, inconnue en droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, datait à peine de soixante ans, lorsque l'article 1325 l'a consacrée. Le plus ancien arrêt cité qui ait formellement décidé la question est un arrêt du parlement de Paris, du 30 août 1736, dont voici l'espèce : Oger avait vendu trois métairies à Verrier, par acte sous seing privé fait double, mais sans mentionner qu'il eût été fait double. La veuve Verrier en demandant l'exécution, Oger prétendit que l'acte était nul, parce que le double qu'elle pro-

duisait, ni celui qu'il représentait lui-même, n'énonçaient pas que l'acte eût été fait double. Un pareil système de défense était bien peu favorable. Il n'avait pour lui, ni la loi, ni l'équité. Cependant, Oger gagna son procès. Le parlement de Paris déclara nul l'acte de vente. Bientôt après il consacra cette jurisprudence par de nouveaux arrêts des 6 août 1740, 23 janvier 1767, 27 novembre 1781. Il jugea même, par l'arrêt du 23 janvier 1767, que l'exécution donnée à l'acte, qui même avait été déposé chez un tiers, était insuffisante pour couvrir la nullité de la convention (1).

D'autres parlements furent entraînés par l'exemple à la suite du parlement de Paris. Celui de Bordeaux, par arrêt du mois d'août 1759, décida qu'il était de formalité essentielle et fondamentale de faire en double, en mentionnant, en outre, qu'il avait été fait double, tout acte sous seing privé et police, par lesquels les deux parties s'obligent réciproquement (2).

Enfin, celui de Rouen jugea, par arrêt du 5 mars 1785, qu'un acte synallagmatique est nul, par cela seul qu'il n'a pas été fait double, et encore que, quoiqu'il portât qu'il avait été fait double, on pouvait être admis à prouver la fausseté de cette énonciation, et, qu'à défaut de preuve écrite, on pouvait faire interroger sur faits et articles la partie à laquelle on oppose la nullité de l'acte. Cet arrêt va même jusqu'à décider que le dépôt de l'écrit fait entre les mains d'un tiers ne peut couvrir la nullité résultant de l'inobservation de la formalité du double écrit (3).

Mais le parlement de Douai, par arrêt du 7 janvier 1777, et celui de Grenoble, par arrêt du 23 février 1779, avaient formellement repoussé ce système (4).

Ce n'est pas que la question ne se fût présentée pour la première fois qu'en 1736, devant le parlement de Paris. Elle

(1) TOULLIER, T. 8, n° 315.
(2) SALVIAT, pag. 393.
(3) MERLIN, Quest., v° *Double écrit*, § 1.
(4) MERLIN, *ibid.*

y avait été déjà soulevée dans une cause dont Merlin (1) rapporte l'espèce, d'aprés Brillon (2). Mais la doctrine qu'il fit triompher plus tard y fut repoussée, par arrêt du 3 décembre 1780.

Il est vrai encore que Raviot, sur Perrier (3), cite un arrêt du 13 juillet 1676, par lequel, suivant lui, le parlement de Dijon aurait le premier consacré la formalité du double écrit. La question y fut bien soulevée; mais comme la partie qui excipait de ce que l'acte contenant promesse d'échange n'avait pas été fait double, présentait d'autres moyens à l'appui de sa demande en nullité, il est difficile de savoir, ainsi que le remarque Merlin (4), si le parlement de Dijon entendit prononcer, par ce seul motif, la nullité de l'acte.

Quoiqu'il en soit, telle était la jurisprudence la plus généralement établie sur la théorie des doubles originaux. Et il y a même ceci de particulièrement remarquable, c'est que le parlement de Paris frappait de nullité non seulement l'acte, mais la convention elle-même. Nous signalons tout de suite, en nous proposant d'y revenir, la différence considérable qui existe sous ce rapport entre les décisions de l'ancienne jurisprudence et les dispositions de la loi nouvelle. L'article 1325 se garde bien de prononcer la nullité de la convention ; il se borne à déclarer non valables les actes sous seing privé dans la passation desquels on n'a pas observé la formalité du double écrit.

9. Voyons maintenant sur quel ordre d'idées reposait la jurisprudence du parlement de Paris. On disait, en résumé : dans les conventions synallagmatiques où les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres, il est de nécessité et de justice que chacun d'eux ait les mêmes moyens de se contraindre respectivement à l'exécution de leurs enga-

(1) *Ibid.*
(2) V° *Bail*, n° 16.
(3) T. 1, § 166, n° 4.
(4) *Ibid.*

gements réciproques. Il n'y aurait point, en réalité, entre les parties réciprocité d'obligations, s'il n'y avait pour l'une et pour l'autre égalité de moyens de contrainte. Or, si un contrat synallagmatique est constaté par un acte sous seing privé, et que cet acte n'existe qu'en un seul original, celle-là seule des parties qui l'aura en sa possession aura le moyen de contraindre son adversaire à l'exécution de son engagement; tandis qu'il lui sera loisible, suivant son caprice ou son intérêt, de se soustraire à l'exécution de ses obligations personnelles, en supprimant ou en ne produisant pas l'acte qui est dans ses mains. Ainsi, par cela même qu'elle est maîtresse de la preuve, elle est réellement maîtresse du sort de la convention. Cette convention, toute synallagmatique qu'elle puisse être, ne lie donc pas avec une égale force les parties contractantes; et cette inégalité dans le lien de droit est contraire à l'essence même du contrat. Donc il est nul, comme vicié dans son principe.

Cette doctrine se retrouve même aujourd'hui dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Car nous lisons dans un de ses arrêts (1), que si le contrat de vente, par exemple, est fait par acte sous seing privé, il est nécessaire, pour former le lien de droit, que chacune des parties soit munie d'un titre à l'aide duquel elle puisse forcer l'autre à l'exécution des engagements qui peuvent naître du contrat.

Mais cette argumentation est tout à fait vicieuse, et bouleverse les principes les plus élémentaires du droit. Elle confond ce qui est de la substance des conventions en elles-mêmes avec ce qui ne se rapporte qu'à leur preuve, avec l'acte destiné à les constater.

Sans doute, dans les contrats synallagmatiques, les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Mais il n'est pas même exact de prétendre que la réciprocité du lien de droit ait pour conséquence essentielle d'engager chaque partie envers l'autre avec la même efficacité. La con-

(1) 31 janv. 1837; Sirey, 37, 1, 533.

vention ne cesse pas, en effet, d'être synallagmatique, bien que l'une des parties soit obligée moins efficacement que l'autre, et que cette inégalité dans le lien en altère la réciprocité. Nous nous bornerons à rappeler que l'un des contractants peut être tenu irrévocablement d'une obligation pure et simple, tandis que l'autre peut avoir à exercer une action en nullité ou en rescision, ou à opposer les effets d'une condition résolutoire, même purement potestative. On ne saurait donc prétendre qu'une convention synallagmatique cesse d'être valable à cause d'une inégalité respective dans le lien de droit.

Que doit-on dire ensuite, lorsqu'il n'existe d'autre différence dans la position de chaque contractant, qu'en ce qui touche les moyens d'établir l'existence de la convention? Il faut bien le redire chaque fois que ce principe est méconnu : la convention se forme et existe en soi, indépendamment de sa preuve. La loi n'exige pour sa formation régulière que le consentement et la capacité des parties, une cause licite et un objet qui soit dans le commerce. Mais jamais elle n'a considéré les moyens de preuve comme un élément essentiel de sa validité. Et alors même qu'elle en subordonne la preuve à un mode particulier de constatation, ce n'est pas que la convention n'existe point, mais seulement qu'elle n'est point régulièrement prouvée. Toute convention oblige donc les contractants, soit qu'il existe ou non des moyens légaux d'en établir l'existence.

Qu'importe, dès lors, que l'un des contractants ait entre ses mains un élément de preuve qui n'appartiendrait pas également à son adversaire? C'était à lui à prendre ses précautions et à se ménager un moyen aussi efficace de prouver la convention. Si, en se privant personnellement de tout élément de preuve, il s'en est ainsi rapporté à la bonne foi de son adversaire, il ne doit imputer qu'à lui-même les suites de son imprudence. Lors donc que l'unique original de l'acte sous seing privé est en la possession d'une seule partie, l'autre prétendra vainement qu'elle s'est livrée à son entière discrétion, en ne retenant pas elle-même un moyen semblable de preuve.

On pourra toujours lui répondre que son imprudence ne saurait avoir pour effet d'invalider la preuve écrite qu'administre son adversaire par la seule production de l'acte; qu'après tout elle n'est pas destituée de tout moyen de preuve, même en cas de suppression frauduleuse de l'acte, puisqu'elle peut avoir un commencement de preuve écrite, déférer le serment et faire interroger sur faits et articles, sur le fait de la convention. Telles sont les critiques fondées que l'on a adressées à l'article 1325 (1).

Il convient, toutefois, de reconnaître que le Code Napoléon a eu un peu plus de ménagements pour les principes du droit, que le parlement de Paris. Quand ce dernier déclarait la convention nulle, à défaut d'un acte fait double, le Code Napoléon se borne, en effet, à déclarer l'acte non valable. Le vice résultant de ce que l'acte n'a pas été fait en double original, n'affecte donc plus aujourd'hui l'existence même de la convention, et n'a d'autre effet que d'invalider l'écrit comme moyen régulier de preuve. Mais, dans ces termes, les dispositions de l'article 1325 sont encore en opposition avec les principes les plus certains. Car chaque contractant doit être admis à établir l'existence de la convention qu'il allègue, par les divers moyens de preuve qui sont en sa possession, abstraction faite de la question de savoir si son adversaire a ou n'a pas également des moyens de preuve semblables ou différents, d'une égale ou moindre efficacité.

10. On a dit (2) que l'article 1325 pouvait s'expliquer par cette considération, que le législateur avait sans doute pensé que lorsque l'acte sous seing privé, constatant une convention synallagmatique, n'était pas fait double, les parties n'avaient entendu faire qu'un simple projet de convention, sans s'engager définitivement; que c'était sur le fondement de cette présomption d'une convention non définitive, que l'acte sous

(1) Voy. NOUVEAU-DENIZART, v^is *Double écrit.*—MERLIN, Rép. et Quest., v^is *Double écrit.* — TOULLIER, T. 8, n°s 311 et suiv.

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 646, n^te 13.

seing privé non fait double était déclaré non valable, comme moyen de constater un contrat définitivement arrêté.

Cet aperçu nous paraît manquer d'exactitude. Il est d'abord fort éloigné des motifs sur lesquels s'était fondé le parlement de Paris, motifs qui ont été reproduits, lors de la rédaction du Code, dans l'exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu et dans le rapport de M. Jaubert (1). Il est ensuite en opposition avec les termes de l'article 1325. En déclarant, en effet, non valables les actes sous seing privé non faits doubles, lorsqu'ils contiennent des conventions synallagmatiques, il montre suffisamment qu'il ne se préoccupe point de l'existence de la convention en elle-même, mais seulement des moyens de l'établir. Il accepte le contrat comme formé, comme existant, non en simple projet, mais d'une manière définitive; et, se plaçant dès lors au seul point de vue de sa preuve, il déclare non valable, comme élément de constatation, l'acte non fait double. Son inefficacité n'est donc point la conséquence d'une présomption légale, en vertu de laquelle la convention est réputée simple projet, mais de son irrégularité propre, en ce qu'il n'a point été fait double.

Ce qui le prouve de plus en plus, c'est que cette irrégularité de l'acte se couvre par l'exécution. L'article 1325 le dit lui-même; le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles se couvre..... Nulle part il n'apparaît qu'il suppose une imperfection quelconque dans la convention. Loin de là, comme il ne s'occupe que de la force probante de l'acte qui la contient, c'est s'éloigner autant de son esprit que de son texte, que de chercher à interpréter ses dispositions à l'aide des règles particulières qui président à la formation des contrats.

Si l'on nous demande quelles sont les raisons sur lesquelles, suivant nous, les dispositions de l'article 1325 sont fondées, nous répondrons que le législateur, en imposant la formalité du double écrit pour les conventions synallagmatiques, a voulu garantir autant que possible l'observation des principes de

(1) Voy. LOCRÉ, t. 12, pag. 393 et 511.

bonne foi qui règlent l'exécution des contrats, et enlever à la mauvaise foi toute occasion de surprise et de fraude, en assurant également à chaque partie les moyens de la déjouer, et de contraindre réciproquement son adversaire à l'exécution de ses engagements. Telle est l'unique pensée de la loi, pensée de justice et d'équité, qui, alors même que les principes rigoureux du droit en sont altérés sous certains rapports, doit rendre la critique plus indulgente à son égard.

11. Entrons à présent dans l'explication de notre article, et voyons d'abord ce qu'il entend ici par conventions synallagmatiques.

Ces expressions s'appliquent, en première ligne, aux conventions synallagmatiques parfaites, telles que la vente, l'échange, le louage, la société, la transaction, le partage; et ensuite aux conventions synallagmatiques imparfaites de leur nature, lorsque les clauses et conditions particulières sous lesquelles elles ont été contractées leur donnent, par exception, le caractère et les effets de conventions synallagmatiques proprement dites.

Mais l'article 1325 est inapplicable aux conventions purement unilatérales, et même à celles que nous avons appelées synallagmatiques imparfaites. Nous avons vu, en effet, que les conventions synallagmatiques parfaites sont celles par lesquelles les parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre, mais de telle sorte que ces obligations sont également principales, et que, résultant immédiatement et directement du contrat, elles sont la cause l'une de l'autre. Au contraire, dans les conventions que nous avons appelées synallagmatiques imparfaites, si les parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre, il n'y en a qu'une néanmoins qui s'oblige directement et immédiatement d'une manière principale; tandis que l'autre ne contracte qu'une obligation éventuelle et subordonnée, dont l'existence n'est que la suite de l'obligation principale et dominante qui fait l'objet de la convention. Tels sont le mandat et le dépôt. Il n'y a d'engagement principal et direct que de

la part du mandataire et du dépositaire. Quant aux obligations du mandant ou déposant, elles sont secondaires, éventuelles et subordonnées à l'exécution et aux suites que l'autre partie aura données à l'obligation principale. Ainsi, l'article 1325 ne s'applique point aux conventions de cette nature, alors même qu'une stipulation formelle aurait réglé l'indemnité et le recours du mandataire ou du dépositaire (1).

12. Il est de même, et à plus forte raison, inapplicable aux conventions purement unilatérales, qui ne peuvent être rangées dans la catégorie des contrats synallagmatiques imparfaits, tels que le prêt, le commodat, les actes ordinaires de cautionnement (2), les reconnaissances de dette, alors même qu'il y aurait stipulation d'un terme en faveur du débiteur (3); les actes de confirmation, de ratification, de renonciation à une action en rescision ou en nullité, pourvu qu'ils ne constituent pas, en réalité, une transaction véritable (4); enfin, le gage et l'antichrèse simple (5).

13. Cependant, ainsi que nous l'avons déjà énoncé, l'article 1325 doit recevoir son application lorsque les clauses et conditions dont est assortie une convention de sa nature purement unilatérale, lui donnent le caractère et la portée d'une convention synallagmatique. Il est juste en effet, dans ce cas, que chaque partie ait le moyen de contraindre l'autre à l'exécution de ses engagements respectifs; tandis, au contraire, que si la formalité du double écrit n'était pas observée, le contractant qui ne serait point porteur de l'acte serait à la discrétion de l'autre.

Par exemple, j'acquiesce à un jugement qui me condamne, mais sous la condition, acceptée par mon adversaire, de m'ac-

(1) Duranton, t. 13, n° 150. — Zachariæ, t. 5, pag. 648.

(2) Zachariæ, t. 5, *ibid.* — Duranton, t. 18, n° 298. — Troplong, *Cautionn.*, n° 20. — Cass., 22 nov. 1825. Sirey, 26, 1, 146.

(3) Zachariæ, t. 5, pag. 648 et 649, n^{te} 20.

(4) Toullier, t. 8, n° 501. — Duranton, t. 13, n° 275.

(5) Troplong, *Nantissement*, n° 516. — Duranton, t. 18, n° 559.

corder un délai pour l'exécution des condamnations. Comme il en résulte des engagements réciproques, l'acte doit être fait en autant d'originaux qu'il y a de personnes ayant un intérêt distinct (1).

Ainsi, je donne mon cautionnement sous la condition formelle que le créancier accorde terme au débiteur principal, ou réduit en sa faveur le montant de la dette. L'acte de cautionnement est alors soumis aux prescriptions de l'article 1325. Autrement, si l'acte était fait en un seul original, et qu'il fût remis au créancier, celui-ci pourrait, à sa volonté et suivant son intérêt, se prévaloir de mon cautionnement ou y renoncer, et, dans ce dernier cas, contrevenir impunément à l'obligation qu'il avait contractée de suspendre ses poursuites ou de réduire la dette (2).

Par exemple encore, lorsqu'il a été stipulé que, dans le cas où le réméré ne serait pas exercé dans le délai fixé par l'acte de vente, la caution rembourserait l'acquéreur, et que ce dernier, moyennant ce remboursement, ne demeurerait point propriétaire de la chose et subrogerait, au contraire, la caution dans tous ses droits contre le vendeur; alors le cautionnement est un véritable contrat synallagmatique, qui doit, en conséquence, être rédigé en doubles originaux. La caution n'a, en effet, aucun autre moyen de poursuivre l'exécution des engagements contractés envers elle par l'acquéreur, si celui-ci entend ne pas user du bénéfice du cautionnement pour se soustraire à l'obligation de rétrocéder la chose à la caution qui le rembourse (3).

Mais si le délai demandé par la caution en faveur du débiteur n'emportait aucun engagement de la part du créancier; si le cautionnement avait été fourni sous la condition simple que les poursuites seraient suspendues pendant un certain

(1) Cass., 23 août 1853. SIREY, 55, 1, 94.

(2) DURANTON, T. 13, n° 152. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 649, n^te 19. — Cass., 14 mai 1817. SIREY, 18, 1, 47. — 23 juill. 1818. SIREY, 19, 1, 242. — Nîmes, 18 nov. 1851. SIREY, 52, 2, 363.

(3) Cass., 14 juin 1847. SIREY, 47, 1, 663.

temps, sans que le créancier s'y obligeât formellement, demeurant au contraire parfaitement libre de les continuer ou de les suspendre, et de satisfaire par là ou de ne pas satisfaire à la condition sous laquelle le cautionnement a été donné ; dans ce cas, l'article 1325 est inapplicable. Car il n'y a qu'un engagement unilatéral de la part de la caution (1).

14. Quant aux arrêtés de compte, la formalité du double écrit ne leur est point, en principe, applicable (2). Soit qu'ils se rattachent ou non à l'exécution de conventions synallagmatiques, soit qu'ils aient pour objet de régler entre les parties les conséquences d'obligations réciproques ou unilatérales ; de présenter d'un seul côté un état de sommes, de fournitures, de prestations, ou d'établir des deux parts une balance ou solde définitif, par voie de compensation, d'imputation ou de payement de reliquat ; soit enfin qu'ils contiennent, pour résultat final, l'expression d'une quittance totale ou partielle donnée à l'une des parties, ou d'une obligation pour solde contractée par l'une envers l'autre ; ils ne sont point soumis aux formes prescrites par l'article 1325.

C'est qu'ils ne contiennent point de conventions synallagmatiques, et que, par eux-mêmes, ils ne créent aucune espèce d'obligations mutuelles, à l'exécution desquelles chaque partie ait à contraindre réciproquement son adversaire. Un arrêté de compte aboutit en effet, sauf le cas exceptionnel dont nous allons parler, à une obligation unilatérale de la part de celui qui se trouve en définitive débiteur, s'il n'établit même la libération de l'un et de l'autre. Or, lorsqu'il s'agit de l'application de l'article 1325, il faut apprécier le caractère de l'acte en soi, abstraction faite des actes antérieurs auxquels il se réfère, et des modifications qu'il apporte aux rapports primitifs des contractants. Il suffit que, par lui-même, il ne constitue point de convention synallagmatique.

(1) Cass., 3 avril 1850. Sirey, 50, 1, 246.

(2) Toullier, t. 8, n° 331.—Zachariæ, t. 5, pag. 648.—Duranton, t. 13, n° 153.—Orléans, 22 août 1840. Sirey, 40, 2, 433.

Il est vrai que toutes parties peuvent avoir intérêt à avoir chacune un original de l'arrêté, pour justifier que le compte a été fait, et, en cas de besoin, en reproduire les éléments, si l'acte les contient. Celui qu'il constitue débiteur, aussi bien que celui qu'il établit créancier, peut être intéressé à prévenir les conséquences de la suppression frauduleuse de l'original unique, parce qu'il y aurait, dès lors, nécessité de faire un nouveau compte. Mais c'est aux contractants à prendre leurs précautions à cet égard, soit en faisant l'arrêté en plusieurs originaux, soit en se demandant réciproquement la remise de titres antérieurs, des déclarations et des décharges, afin de se garantir autant que possible des surprises de la fraude et de la mauvaise foi. Quel que soit, après tout, l'intérêt qu'ils peuvent avoir à se ménager également le moyen de prouver l'arrêté de compte, comme cet acte ne contient aucune convention synallagmatique, l'article 1325 lui est inapplicable.

Cependant, s'il contenait au fond un engagement synallagmatique, il devrait être assujetti à la formalité du double écrit, non point comme simple arrêté de compte, mais comme convention bilatérale; par exemple, lorsqu'il renferme une véritable transaction sur certains points litigieux, ou que, s'agissant d'un compte de tutelle, le tuteur s'oblige à payer le reliquat à son pupille qui, de son côté, déclare renoncer à toute action en répétition et réclamation pour faits de tutelle (1).

Tel serait encore le cas où il contiendrait, avec stipulation de terme, novation de la dette résultant, à la charge de l'une des parties, de la balance du compte. Cette stipulation de novation avec terme constitue une obligation réciproque, à l'exécution de laquelle chaque contractant doit avoir également le moyen de contraindre son adversaire.

15. Par application du même principe, on doit soumettre à la formalité du double écrit les actes contenant reconnaissance d'une dette antérieure, lorsque cette dette étant déjà régulièrement établie, le débiteur qui la reconnaît stipule une nova-

(1) DURANTON, T. 13, n° 153.

tion, ou contracte envers le créancier un engagement nouveau, sous la condition qu'un délai lui sera accordé. Si, dans ce cas, l'acte de reconnaissance n'était pas fait en double original, le créancier, porteur de l'original unique, aurait seul le moyen de contraindre le débiteur à l'exécution de la dernière obligation, ou de s'y soustraire en se prévalant du premier engagement, que nous supposons constaté par un acte régulier resté en sa possession, indépendamment de l'acte de reconnaissance. Or, ce dernier acte contient une véritable convention synallagmatique, puisque, d'une part, le créancier accorde terme et novation, et que, d'autre part, le débiteur contracte, sous la foi de cette promesse obligatoire, un nouvel engagement. Il y a, en conséquence, nécessité d'appliquer l'art. 1325.

Mais il ne faut point confondre ce cas avec celui que nous avons prévu plus haut. Si nous avons dit que les reconnaissances de dette, faites même avec stipulation de terme, ne sont pas soumises à la formalité du double écrit, c'est dans la seule hypothèse où la dette n'est pas constatée par un acte antérieur régulier. Car alors le créancier ne peut s'empêcher de produire l'acte de reconnaissance qui constitue son seul titre de créance, et, conséquemment, d'accorder au débiteur le terme stipulé, ou de le faire profiter de la novation convenue.

16. Le compromis est également soumis aux formalités prescrites par l'article 1325, quand il est fait par acte sous seing privé (1). Si, d'une part, entre les parties qui compromettent et les arbitres nommés pour juger la contestation, il constitue un mandat, d'autre part, néanmoins, il établit entre les parties, et dans leurs rapports mutuels, l'engagement synallagmatique de soumettre leur différend à un arbitrage. Chacune d'elles doit donc avoir en sa possession des moyens égaux de contraindre les autres à l'exécution du compromis.

17. Les résolutions et révocations conventionnelles de contrats unilatéraux, alors même qu'elles contiennent accessoi-

(1) TOULLIER, T. 8, n° 332.

rement quelque obligation en faveur de l'obligé primitif, ne sauraient établir des conventions synallagmatiques. Elles sont toujours, à moins de circonstances particulières qui en changent le caractère, un contrat simplement unilatéral comme la convention originaire à laquelle elles s'appliquent.

Mais il en est autrement des actes par lesquels un contrat synallagmatique est résolu, résilié ou révoqué par les parties. Comme ils emportent, de part et d'autre, extinction des obligations réciproques qui résultaient du contrat primitif, ils établissent par cela même de nouveaux engagements également réciproques. Telle est la résolution conventionnelle d'une vente antérieure. Il en résulte, en effet, pour le vendeur, l'obligation de reprendre la chose vendue, et, pour l'acquéreur, l'obligation de la rendre, sans préjudice des autres restitutions de prix et de jouissances qui en sont la conséquence immédiate. L'acte qui contient cette résolution bilatérale doit donc être fait double, conformément à l'article 1325.

Cependant, si la résolution convenue était simplement unilatérale, de telle sorte qu'une seule partie fût admise à s'en prévaloir, comme alors elle ne contient point d'obligations réciproques, l'acte ne serait point soumis à la formalité du double écrit. Il suffirait de la remise du seul original aux mains de la partie qui seule est fondée à opposer la résolution. Quant au point de savoir si la faculté de résolution est convenue en faveur de toutes parties ou d'une seule, il dépend des termes dans lesquels l'acte est conçu. Mais de ce qu'il n'aura été fait qu'en un seul original, il sera permis de supposer qu'elle n'existe qu'à l'égard de celui qui est porteur de l'acte, à moins qu'il ne résulte expressément des termes dans lesquels il a été rédigé, que la résolution est commune aux deux contractants, et emporte pour l'un et pour l'autre des engagements réciproques.

18. Ces principes s'appliquent également aux résiliations conventionnelles de baux, par lesquelles le bailleur et le preneur se rendent réciproquement leur liberté. Mais observons

aussi que, si l'acte de résiliation n'est fait qu'en un seul original qui soit en la possession du bailleur ou du preneur, on pourra facilement admettre que la faculté de résiliation n'est pas réciproque, et n'appartient qu'à celle des parties aux mains de laquelle se trouve l'unique original, pourvu, toutefois, que l'acte ne soit point conçu dans des termes tels qu'il en résulte clairement que le bail était résilié indistinctement et également pour toutes parties. Hors ce cas, on pourra toujours répondre à celui qui excipera de la nullité de l'acte, pour n'avoir pas été fait double, que c'était à lui, s'il contenait réellement une convention synallagmatique de résiliation, à l'établir clairement dans la rédaction de l'acte, et à se conformer, en conséquence, pour la sûreté de ses droits, aux dispositions de l'article 1325.

Par les mêmes raisons, les congés amiables ne sont point soumis à la formalité du double écrit (1). Ainsi, il suffit que le bailleur ou le preneur ait fait énoncer dans une quittance des fermages que le congé a été donné. En effet, si la quittance n'est pas représentée, le preneur est obligé de payer deux fois, puisqu'il ne justifie point d'un premier payement. Le bailleur n'est donc pas à sa discrétion absolue.

La quittance est-elle produite, elle fait alors preuve de la volonté exprimée par les parties. Or, ne perdons pas de vue que le congé n'est autre chose que l'expression unilatérale de la volonté de celui qui le donne, et qu'il ne s'agit nullement alors d'une résiliation conventionnelle synallagmatique (2).

Quant aux déclarations unilatérales par lesquelles le bailleur et le preneur reconnaissent que le bail sera résilié à partir de telle époque, elles ne sont pas non plus soumises aux formalités de l'article 1325. Ces déclarations, alors même qu'elles contiennent une résiliation contractuelle, sont, en effet, par leur forme, censées faites en faveur seulement de la partie à qui elles sont remises, de telle sorte que les contractants ne

(1) *Contrà*, Duvergier, *Louage*, t. 1, nº 492.
(2) Troplong, *Louage*, nº 425.

sauraient exciper de leur irrégularité prétendue, sous le prétexte qu'elles auraient dû être faites en double. Il est vrai que celui qui en est porteur peut en supprimer l'unique exemplaire. Mais cette suppression n'est, de sa part, que la renonciation à l'exercice d'une faculté unilatérale; et l'on peut répondre à l'autre partie que, si, comme elle le prétend, sa liberté lui avait été également rendue, il était de son intérêt et de son devoir de se faire remettre, pour en justifier, une déclaration semblable.

19. Les promesses de contrats synallagmatiques, lorsqu'elles sont également obligatoires pour toutes parties, sont de véritables conventions synallagmatiques soumises aux formalités de l'article 1325.

Mais les simples promesses unilatérales ne le sont point, puisqu'elles n'obligent que celui qui les fait. Cependant, quand elles se réalisent en contrat définitif et également obligatoire pour toutes parties, il y a nécessité de rédiger l'acte en double original, comme contenant dès lors des conventions synallagmatiques (1).

20. Les dispositions de l'article 1325 cessent néanmoins de recevoir leur application, lorsque le contrat étant synallagmatique de sa nature, l'une des parties a pleinement satisfait aux obligations qui en résultent pour elle, soit avant la rédaction de l'acte, soit au moment même de sa rédaction. Tel est le cas où l'acquéreur paye comptant le prix de vente, alors que, par ce payement, il exécute toutes les obligations par lui contractées envers le vendeur (2). Par suite de l'exécution de ses engagements respectifs, ainsi consommée par l'un des contractants, la convention, bien que synallagmatique de sa nature, devient, en réalité, simplement unilatérale. L'autre partie envers laquelle elle a été pleinement exécutée n'a plus

(1) DURANTON, T. 13, n° 147. — MARCADÉ, art. 1325, n° 4.

(2) TOULLIER, T. 8, n° 327.—DURANTON, T. 13, n° 146.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 649.—MARCADÉ, art. 1325, n° 4.—Montpellier, 10 juin 1828. SIREY, 28, 2, 341.

aucun droit même éventuel à exercer, et n'a plus aucun intérêt à exiger que l'acte soit fait en deux originaux, dont l'un soit remis en sa possession.

Il est même indifférent, dans ce cas, que l'acte soit rédigé dans les termes propres à une vente, ou qu'il soit passé dans la forme d'une quittance donnée par le vendeur à l'acquéreur, et par laquelle il est énoncé que la somme payée l'a été pour prix de la vente consentie. Dans l'un et l'autre cas, il suffit que l'unique original de l'acte de vente ou la quittance soit remise à l'acquéreur, dont la libération d'une part et les droits de l'autre sont suffisamment constatés (1).

Il en est de même dans l'hypothèse inverse où c'est le vendeur qui, par la délivrance et la tradition de la chose vendue, satisfait au moment de la rédaction de l'acte à toutes les obligations par lui contractées. Comme l'acquéreur est alors le seul qui ait des engagements à remplir, il suffit que le vendeur, seul créancier, ait en sa possession l'unique original de l'acte, soit que cet acte ait été rédigé dans la forme d'une vente, soit qu'il consiste en une obligation souscrite par l'acquéreur, et causée pour vente suivie de la tradition de la chose qui a fait l'objet du contrat (2).

21. Il n'y a même pas à distinguer entre le cas où le vendeur est tenu d'une garantie quelconque, et celui où il n'est tenu d'aucune garantie. Ce n'est pas que l'obligation de garantie, quand elle existe, ne puisse être prise elle-même en considération, pour déterminer le caractère synallagmatique du contrat, et que l'acquéreur n'ait lui-même un intérêt manifeste à avoir en sa possession un original de l'acte qui lui serve pour constituer son titre de propriété, ou pour exercer son recours en garantie contre le vendeur, alors surtout que postérieurement il a payé le prix de la vente. Mais cet intérêt de l'une des parties ne suffit pas pour l'application de l'article

(1) Toullier, t. 8, n° 327.
(2) Duranton, *ibid.* — Toullier, t. 8, n° 328.

1325 ; il faut que cet intérêt se fonde sur l'existence d'une convention qui emporte des engagements synallagmatiques. D'ailleurs, la tradition de la chose par le vendeur et sa réception par l'acquéreur, sont des actes d'exécution réciproque qui les rendent l'un et l'autre non recevables, le cas de garantie échéant, à opposer que l'acte n'a pas été fait double (1325).

22. Mais si le vendeur, alors même qu'il reçoit le prix comptant, s'était réservé un droit d'usufruit ou de servitude sur les choses vendues, il y aurait nécessité de rédiger en double original l'acte sous seing privé. Car il a besoin, dans ce cas, d'être muni d'un titre pour pouvoir forcer l'acquéreur à l'exécution des engagements réciproques qui naissent du contrat. Il importe même peu qu'il soit ou non dans la nécesssité actuelle de l'y contraindre, au moment même où le contrat intervient entre eux. Il suffit que cette nécessité puisse se manifester plus tard, à une époque quelconque, pour que l'article 1325 doive recevoir son application; par exemple, au cas où le vendeur se réservant l'usufruit retient la possession de la chose (1).

23. L'article 1325, en exigeant que l'acte soit fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, n'exige point pour cela un nombre d'originaux correspondant exactement à celui des personnes qui stipulent ou promettent. Il suffit, dit-il, d'un seul original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Dans ce cas, en effet, ces personnes, liées entre elles par un intérêt semblable et commun, n'ont besoin que d'un seul original pour toutes, sauf à se le communiquer, afin de poursuivre contre les autres l'exécution de leurs engagements respectifs.

Mais que doit-on entendre ici par ces mots, toutes personnes ayant le même intérêt? Ce sont celles, en employant les expressions mêmes de notre article, qui n'ont pas un intérêt distinct.

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 649. — Cass., 31 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 533. — Agen, 17 août 1837. Sirey, 38, 2, 122.

Mais il faut alors expliquer ce qu'il entend par ces termes, des parties ayant un intérêt distinct. L'esprit dans lequel il est conçu le fait suffisamment comprendre ; ce sont celles qui, par l'effet immédiat et direct de la convention synallagmatique, s'obligent réciproquement les unes envers les autres. Au contraire, celles que la convention, considérée dans son caractère bilatéral, ne soumet pas à des obligations réciproques, comme stipulant d'un côté et promettant de l'autre, sont réputées avoir un intérêt commun.

Cette communauté d'intérêt peut sans doute donner lieu, entre les parties à l'égard desquelles elle existe, à des règlements, à des liquidations, à des divisions, à des actions en recours et indemnité. Néanmoins, ces intérêts particuliers qui les séparent et les distinguent, étant étrangers au caractère synallagmatique du contrat, n'empêchent pas qu'elles ne doivent être considérées, dans le sens spécial qu'y attache l'article 1325, comme ayant un intérêt commun (1).

Tels sont les associés, les coobligés solidaires ou conjoints, soit qu'ils stipulent ou promettent ensemble. Ainsi, les associés stipulant ou promettant pour les affaires de la société ; les vendeurs ou acquéreurs conjoints ; les cohéritiers stipulant ou promettant en cette qualité ; les cocréanciers ou codébiteurs solidaires, sont réputés avoir un intérêt commun, de telle sorte qu'un seul original suffit pour tous, sauf à eux à prendre toutes précautions convenables pour se garantir contre toute suppression frauduleuse de leur titre commun, de la part de celui qui en est dépositaire. Il en est de même à l'égard de l'obligé principal, de ses cautions et certificateurs de cautions.

De ce que l'identité ou la séparation d'intérêt s'apprécie relativement au caractère des stipulations d'un côté et des obligations de l'autre, indépendamment des effets de ces stipulations et obligations par rapport à ceux qui les ont faites et contractées en commun, nous tirons la conséquence suivante :

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 650.—Duranton, t. 13, n° 154.— Marcadé, art. 1325, n° 3.

les associés, les coobligés, de quelque manière qu'ils aient réglé entre eux les conditions et les garanties de leur recours les uns envers les autres, ne doivent jamais être considérés que comme ayant le même intérêt, vis-à-vis de l'autre partie contractante, bien que leurs conventions particulières puissent avoir, dans leurs rapports particuliers, un caractère synallagmatique, et doivent, par suite, être rédigées en plusieurs originaux.

Ainsi, la femme qui s'oblige solidairement avec son mari ou comme sa caution, doit être réputée n'avoir que le même intérêt, bien que son engagement donne lieu en sa faveur à une hypothèque légale sur les biens de son mari, et qu'à cet égard elle ait un intérêt distinct de celui de ce dernier. Cette séparation d'intérêt étant étrangère à celui envers lequel elle s'est engagée, et ne concernant que ses relations avec son coobligé, elle ne peut opposer au créancier qu'elle devait avoir un original séparé (1).

24. Mais les parties ont, au contraire, un intérêt distinct, lorsque le contrat contient à leur égard des stipulations et obligations exclusivement personnelles. Ainsi, doivent être considérés comme ayant un intérêt distinct, les covendeurs ou coacquéreurs, lorsque, même par un seul et même acte, ils vendent ou achètent une chose, non pas conjointement et le tout ensemble, mais chacun sans solidarité, pour une part déterminée et pour un prix particulier.

Cependant, si les covendeurs ou coacquéreurs avaient commencé par vendre ou acheter conjointement et ensemble la chose entière, ils ne cesseraient pas d'être considérés comme ayant un intérêt commun, quand même ils auraient, par des clauses spéciales insérées dans l'acte, déterminé, seulement par rapport à eux, la part de chacun dans la chose ou dans le prix. Ce règlement de leurs intérêts particuliers dans la vente ou dans l'achat, n'enlève pas à l'acte son caractère de

(1) *Contrà*, Cass., 23 août 1853. Sirey, 55, 1, 94.

vente ou d'acquisition conjointe entre les vendeurs ou acquéreurs, par rapport aux autres parties qui y sont restées étrangères.

25. Lorsque plusieurs personnes figurent dans un même acte comme ayant un intérêt commun, il importe peu pour sa validité que l'unique original, qui suffit pour elles toutes ensemble, soit remis à l'une d'entre elles plutôt qu'à telle autre, en leur présence ou séparément. Il n'est même pas exigé qu'il mentionne la personne à qui il a été remis. Il est vrai que, dans ce cas, celle à qui il a été livré peut, par un concert frauduleux avec l'autre contractant, et par une suppression frauduleuse des deux originaux, frustrer ses cointéressés du bénéfice du contrat, en les privant de tous moyens d'en poursuivre l'exécution. Cet inconvénient est très réel; mais il suffit d'observer qu'il est tout à fait en dehors des prévisions de l'article 1325; et nous ajoutons que les parties, ayant un intérêt commun, ont alors à se reprocher elles-mêmes de ne pas avoir exigé chacune un original, ou de s'être exposées à un abus de confiance par le choix d'un dépositaire infidèle (1).

Aussi pensons-nous que l'acte ne serait pas valable si, les parties ayant un intérêt commun, il avait été stipulé par elles qu'il serait fait plusieurs originaux, et qu'il n'en eût été fait qu'un seul; ou bien encore s'il avait été convenu que l'unique original serait remis à l'une d'entre elles spécialement désignée, et qu'il l'eût été à une autre. Ces stipulations particulières, ayant pour objet d'assurer à chaque contractant les moyens de poursuivre l'exécution du contrat, reproduisent, dans leur intention, l'esprit général de l'article 1325; et, dès lors, les infractions qui y sont commises doivent encourir la même sanction que s'il s'agissait d'une infraction aux dispositions mêmes de cet article, sauf les actes d'exécution qui en couvrent l'irrégularité.

26. Il ne suffit point que l'acte sous seing privé ait été fait

(1) Duranton, t. 13, n° 154. — Zachariæ, t. 5, pag. 650, n[te] 23.

en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; il faut, en outre, que chaque original contienne la mention du nombre des originaux qui ont été faits (1325). On comprend sans peine le motif de cette disposition. Si chaque original ne mentionnait pas le nombre des originaux qui ont été faits, chaque contractant pourrait supprimer le titre qui lui a été remis, et réduire par là son adversaire à l'impossibilité d'établir que l'acte a été fait réellement en plusieurs originaux. Il faut donc que l'acte porte en lui-même la preuve que toutes les formalités prescrites par la loi pour sa validité ont été remplies. Et cette disposition n'est elle-même qu'une application spéciale du principe qui régit la rédaction des actes authentiques.

Aucune expression sacramentelle n'est exigée pour la régularité de cette mention. Il suffit qu'il ressorte clairement des termes employés, que l'acte a été fait en autant d'originaux qu'il y a de personnes ayant un intérêt distinct.

Il n'est même pas nécessaire que chaque original énonce le nombre des originaux qui ont été faits. Il suffit d'exprimer, en termes généraux, que l'acte a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées, sans dire qu'ils ont été faits doubles, triples, etc.

27. Si un seul original ne contenait pas la mention que l'acte a été rédigé en doubles ou triples originaux, alors même que cette mention se trouverait dans tous les autres, l'acte serait non valable. C'est comme si la mention n'avait pas été faite du tout. Sans doute la partie qui a l'original où la mention ne se trouve pas, ne peut point le supprimer impunément, puisque alors les autres produisent des originaux réguliers et portant en eux la preuve de leur régularité, tandis que l'irrégularité de l'acte ne peut résulter que de la production de l'original où la mention exigée n'existe point. Mais ceux qui sont porteurs d'originaux réguliers peuvent, par leur suppression frauduleuse, mettre l'autre contractant dans l'impuissance de prouver légalement la convention. Il n'est donc pas vrai, dans

ce cas, que toutes parties aient également en leur possession les moyens de se contraindre à l'exécution de leurs engagements réciproques.

28. S'il était énoncé mensongèrement que l'acte a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, cette fausse mention ne couvrirait pas le vice résultant de l'inaccomplissement réel de cette formalité. Les parties peuvent donc offrir la preuve de la fausseté de cette énonciation, et s'il est établi que l'acte n'a pas été fait double, les juges doivent le déclarer non valable (1).

Mais comme l'acte fait foi de la réalité du fait qu'il énonce, et qu'il s'agit de prouver contre sa teneur, la preuve de la fausseté de sa mention n'est recevable que conformément aux principes généraux du droit; c'est-à-dire qu'il faut une preuve écrite, ou un commencement de preuve par écrit, ou l'aveu de la partie intéressée, sans préjudice de l'indivisibilité de ses déclarations (2).

29. Si chaque original ne contient pas la mention qu'il a été fait double, triple, etc..., les parties offriraient vainement la preuve qu'en réalité l'acte a été fait au nombre voulu d'originaux. Dans ce cas, en effet, on rencontre les mêmes inconvénients que l'article 1325 a voulu prévenir, en exigeant la mention du fait double. Son but a été d'empêcher toute suppression frauduleuse, et toute dénégation mensongère de la part du contractant qui prétend que l'acte n'a pas été fait en plusieurs originaux. Or, la preuve offerte, fût-elle administrée même par écrit, ne saurait couvrir le vice de forme résultant du défaut de la mention prescrite (3).

30. Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc..., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 651.
(2) Bordeaux, 23 nov. 1843. Sirey, 44, 2, 299.
(3) Zachariæ, t. 5, pag. 651.

(1325). Cette disposition n'est que l'application à un cas particulier du principe général posé par l'article 1338.

Il importe peu que l'exécution soit totale ou partielle. Elle suffit toujours pour couvrir le vice résultant du défaut de la mention exigée.

Lorsqu'un seul des contractants a exécuté la convention, il est seul forclos du droit d'opposer le vice de l'acte. La confirmation qui résulte de ses faits personnels d'exécution ne le couvre que par rapport à lui, et les autres qui n'ont point exécuté le contrat, qui n'ont concouru ni participé à aucun acte d'exécution, peuvent toujours opposer le défaut de mention.

Il s'ensuit que l'acte est valable à l'égard des uns sans l'être pour cela à l'égard des autres. Ainsi, les parties se trouvent placées dans une situation dont l'inégalité est en opposition avec la pensée même qui a inspiré les dispositions de l'article 1325. Le législateur a, en effet, voulu assurer à chaque contractant des moyens égaux de se contraindre l'un l'autre à l'exécution de leurs engagements réciproques. Or, les faits d'exécution couvrant le vice de l'acte, seulement par rapport à celui qui les a accomplis, il en résulte qu'il est engagé d'une manière irrévocable, tandis que celui qui n'a fait aucun acte d'exécution est maître du sort du contrat et peut s'en prévaloir ou non, suivant son caprice ou son intérêt. Aussi, les judicieux annotateurs de M. Zachariæ (1) remarquent-ils, avec beaucoup de raison, que, pour être conséquent avec luimême, le législateur aurait dû n'admettre, comme couvrant le vice résultant de l'inobservation de la formalité du double, que des faits d'exécution communs aux deux parties.

Il est, au surplus, à observer dans la pratique que, le plus souvent, les faits d'exécution ont ce caractère. Car, par la nature même des engagements réciproques qu'elles produisent, les conventions synallagmatiques comportent des faits d'exécution naturellement communs à toutes parties. Ainsi, dans la

(1) T. 5, pag. 655, nte 36.

vente, dans le bail, la délivrance de la chose, comme tradition de la part du vendeur ou du bailleur, et comme acceptation ou réception de la part de l'acheteur ou du preneur, constitue une exécution pleine et entière du contrat qui rend indistinctement les deux parties non recevables à opposer le défaut de mention du fait double. Il en est de même du payement total ou partiel du prix, ou des fermages que l'acheteur ou le preneur aurait fait, en exécution de la convention, entre les mains du vendeur ou du bailleur (1).

Mais si le prix avait été payé à un tiers délégué pour recevoir par l'acte lui-même, ou à un créancier hypothécaire, sans le concours et la participation du bailleur ou du vendeur, ces derniers pourraient encore opposer le vice de l'acte, et les autres ne pourraient, au contraire, s'en prévaloir.

Ainsi encore, si le bailleur ou le vendeur avait, après la convention, délégué à un tiers le prix ou les fermages, mais sans acceptation de la part de l'acquéreur ou du preneur, il n'y aurait qu'un fait d'exécution personnelle aux premiers qui les empêcheraient seuls d'opposer le vice résultant du défaut de la mention exigée.

Tel est encore le cas où une seule des parties contendantes, sans le concours des autres, remet aux arbitres le compromis ou un mémoire en défense. Le vice de l'acte n'est couvert qu'à son égard (2).

31. S'il figurait d'un côté plusieurs personnes ayant le même intérêt, comme promettants ou stipulants, les actes d'exécution émanés de l'une d'elles ne couvriraient le vice de l'acte que par rapport à elle, de telle sorte que ses consorts eux-mêmes seraient encore recevables à s'en prévaloir. Si, dans ce cas, un seul original suffit pour tous ceux qui ont un intérêt commun, il ne s'ensuit pas que les actes d'exécution de la part de l'un d'eux seulement soient opposables aux autres

(1) Duranton, t. 13, n° 162.—Toullier, t. 8, n° 341.—Zachariæ, t. 5, pag. 655.

(2) Toullier, t. 8, n° 341.

qui n'y ont ni participé ni concouru. La confirmation de l'acte qui en résulte est donc toute personnelle à celui-là seul qui les a accomplis. Et, sous ce rapport, il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où l'obligation est solidaire et celui où elle est simplement conjointe. Seulement, si l'obligation est solidaire, celui qui a fait un acte d'exécution en est tenu pour le tout, bien que les autres en demeurent déchargés; tandis que si elle est simplement conjointe, il n'en reste tenu que pour sa part et portion virile, sauf au créancier à se prévaloir de l'inexécution partielle du contrat pour le faire résoudre pour le tout, à raison de son indivisibilité. Tel serait le cas où j'aurais, par le même acte, vendu ou acheté conjointement et le tout ensemble, pour un prix déterminé en bloc, un immeuble à plusieurs personnes, dont une seule aurait, par ses actes personnels d'exécution, couvert le vice résultant de l'inaccomplissement de la formalité du double écrit.

32. Les seuls faits d'exécution totale ou partielle capables de couvrir ce vice, sont ceux qui ont une existence postérieure au contrat et indépendante de ce qui est énoncé dans l'acte. Ainsi, le payement partiel du prix de vente, constaté par l'acte lui-même, ne saurait être considéré comme un acte d'exécution commun aux deux parties qui les empêche d'opposer le défaut de mention du fait double. Ce payement se confond, en effet, avec la formation du contrat, et n'en implique, ni la confirmation, ni la ratification. L'irrégularité de l'acte subsiste donc tout entière (1).

33. Des termes de l'article 1325 il semble résulter que les faits d'exécution, communs ou personnels, couvrent seulement le vice résultant du défaut de la mention du fait double; mais qu'ils sont impuissants à couvrir le vice résultant de ce qu'en réalité l'acte n'aurait pas été fait en plusieurs originaux. Il est, au contraire, incontestable qu'ils purgent également l'un et l'autre.

(1) TOULLIER, T. 8, n°s 335, 338. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 655.

En effet, lorsque chaque original ne contient pas la mention du nombre des originaux qui ont été faits, c'est comme si réellement l'acte n'avait pas été fait double, puisque chaque partie peut, par une dénégation mensongère et la suppression frauduleuse de son titre, soutenir que l'acte n'a point été rédigé conformément aux prescriptions de l'article 1325. Le défaut de mention équivaut donc au défaut de rédaction double. Les vices qui en résultent sont absolument semblables; dès lors, les faits d'exécution qui couvrent l'un couvrent également l'autre. D'ailleurs, ainsi que nous l'avons remarqué déjà, notre article ne fait qu'appliquer à un cas spécial le principe général posé par l'article 1338. C'est donc par ce dernier article qu'il convient d'expliquer et de compléter ce que les termes de l'article 1325 peuvent avoir en apparence de restrictif et d'incomplet (1).

31. Les actes sous seing privé constatant des conventions synallagmatiques ne sont soumis, quant à leur forme, à d'autres conditions particulières que celles exigées par l'article 1325. A l'exception des formalités du double écrit, il ne leur en est imposé aucune autre que celles auxquelles sont astreints, pour leur validité, les actes sous seing privé en général.

Chaque original peut être écrit d'une main différente, soit par les contractants, soit par des tiers étrangers. La signature seule des parties est essentielle, et elles n'ont même pas besoin, lorsque l'acte n'est pas de leur écriture, d'apposer de leur main un *bon* ou *approuvé*, soit dans les termes de l'article 1326, soit dans l'une de ces formules ordinairement usitées : bon pour vente; bon pour bail; approuvant l'écriture ci-dessus; approuvant ce que dessus et d'autre part; approuvant la présente convention, quoique non écrite de ma main, etc... Ces énonciations sont inutiles. La signature toute seule, jointe à

(1) Toullier, t. 8, n° 333.—Zachariæ, t. 5, pag. 654.—Duranton, t. 13, n° 161.—Cass., 15 fév. 1814. Sirey, 14, 1, 154.—1er mars 1830. Sirey, 30, 1, 83. — 29 mars 1852. Sirey, 52, 1, 385.

l'observation des formalités particulières du double écrit, suffit pour la parfaite régularité de l'acte. Le surplus n'est que de précaution.

35. Il n'est même pas exigé que les signatures de tous les contractants soient apposées sur chaque original. Le vœu de la loi est suffisamment rempli, lorsque chaque original contient les signatures des parties autres que celles à qui il est remis. Il est, en effet, parfaitement inutile que chaque contractant, qui n'a pas à s'engager envers lui-même, mette sa propre signature sur le titre dont il est porteur. Il suffit que les autres qui s'obligent envers lui y apposent leur signature. Tel est l'usage; et cet échange de signatures correspond à la réciprocité des engagements que les parties contractent les unes envers les autres (1).

Il est enfin indifférent que les divers originaux soient signés en des lieux et en des temps différents, en l'absence ou en la présence des autres contractants (2).

36. Les dispositions de l'article 1325 sont inapplicables aux actes qui constatent des conventions synallagmatiques, constituant entre ceux qui les ont faites des actes de commerce. Les achats et ventes, en matière commerciale, s'établissent conformément à l'article 109, C. comm. Et les contrats d'assurance ne semblent point eux-mêmes soumis à la formalité du double écrit, quoique la question soit controversée (3). Mais s'il s'agissait d'une assurance constituant un acte pure-

(1) DENIZARD, v[is] *Double écrit*, n[os] 7 et 8. — TOULLIER, T. 8, n° 344. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 651. — DURANTON, T. 13, n° 156. — MERLIN, Rép., v[is] *Double écrit*, n° 6.—Bordeaux, 16 déc. 1844. SIREY, 45, 2, 548. — Nancy, 23 juin 1849. SIREY, 52, 2, 454.

(2) TOULLIER, T. 8, n° 345.

(3) Voy., pour la nécessité de rédiger la police en double original, LOCRÉ, C. comm., T. 2, pag. 290. — FAVARD, Rép., v° *Assurance*, § 4. — BOULAY-PATY, *Droit maritime*, T. 3, pag. 254. — ALAUZET, *Des assurances*, T. 1, pag. 403. — BONNIER, *De la preuve*, n° 566. — *Contrà*, TOULLIER, T. 8, n° 343. — PARDESSUS, n° 793. — QUÉNAULT, n[os] 154 et suiv.

ment civil, comme dans le cas d'une compagnie d'assurance mutuelle, nul doute que la police ne dût être rédigée suivant les prescriptions de l'article 1325, soit qu'elle fût manuscrite ou sur formule imprimée.

Il importe peu que les opérations constituant des actes de commerce soient intervenues entre négociants et commerçants, ou entre personnes d'une qualité différente (1). Toutefois, si la convention synallagmatique n'établit pas un acte de commerce réciproque entre toutes parties, celle à l'égard de laquelle elle ne constitue point un acte de commerce peut opposer le défaut d'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1325, tandis que l'autre n'a pas le même droit. Ainsi, le même acte, selon qu'il est considéré par rapport à tel ou tel des contractants, et suivant la qualité de la personne, est assujetti, quant à la régularité de sa forme, à des formalités différentes, tantôt à celles de la loi civile, tantôt à celles plus simples de la loi commerciale (2).

Par exception, cependant, le Code de commerce exige que le connaissement soit fait en quatre originaux au moins (282), et que les actes de société soient dressés conformément aux dispositions de l'article 1325, C. Nap. (39).

37. L'inobservation des formalités particulières du double écrit a pour conséquence d'infirmer la force probante de l'acte, en ce qui concerne la convention synallagmatique qu'il avait pour objet de constater. La loi lui retire la foi qui lui est due lorsqu'il a été régulièrement dressé. Telle est la sanction de l'inaccomplissement des formes prescrites.

Il en résulte que l'acte ne constitue point un titre régulier en vertu duquel celui qui se prétend créancier puisse former une saisie-arrêt ou opposition, sans permission du juge (557, 558, C. pr.).

(1) Toullier, t. 8, n° 342. — Zachariæ, t. 5, pag. 658. — Duranton, t. 13, n° 149.

(2) Zachariæ, *ibid.* — Cass., 8 nov. 1813. Sirey, 13, 1, 852.

Il ne peut non plus suffire comme fondement d'un jugement de condamnation.

Il est enfin impuissant à former un juste titre pour prescrire par dix ou vingt ans (2267).

38. Ici se présente une question qui a été vivement débattue dans la doctrine et dans la jurisprudence. Il s'agit de savoir si l'acte sous seing privé, alors qu'il n'a point été rédigé conformément aux dispositions de l'article 1325, et que, conséquemment, il ne fait point preuve complète, peut néanmoins servir de commencement de preuve par écrit de l'existence de la convention synallagmatique qu'il a pour objet de constater. Nous n'hésitons point à nous prononcer pour l'affirmative.

L'article 1325, en ne déclarant les actes sous seing privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques, valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et que chaque original contient la mention du nombre des originaux qui en ont été faits, l'article 1325, disons-nous, signifie seulement que ces actes, à raison de leur irrégularité, ne font pas preuve complète de la convention bilatérale qu'ils renferment. Mais il ne s'ensuit nullement qu'il leur refuse toute force probante, à titre de commencement de preuve par écrit, s'ils réunissent d'ailleurs toutes les conditions voulues pour valoir à ce titre subsidiaire. Or, l'article 1347 entend par commencement de preuve écrite tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. A coup sûr, on ne saurait dénier ce caractère à l'acte sous seing privé déclaré non valable, par cela seul que, contenant une convention synallagmatique, il n'a pas été fait plusieurs originaux, ou qu'il n'en contient pas la mention.

Prétendrait-on que la loi présume, en cas d'inobservation des formalités prescrites par l'article 1325, que la convention est restée à l'état de simple projet, et que les parties n'ont pas entendu contracter une obligation définitive? Il nous suffira

de rappeler que nous avons déjà répondu que la loi, ne s'occupant ici que de la preuve, n'envisage l'acte que sous le rapport de sa force probante, et qu'il ne convient pas d'en interpréter les dispositions par les règles qui président à la formation des contrats.

On ajoute que si on accorde, dans ce cas, à l'acte sous seing privé la valeur d'un commencement de preuve par écrit, on confère à la partie qui l'invoque un privilége dont l'autre se trouve privée, puisque cette dernière n'a pas les mêmes moyens d'établir la convention et de contraindre la première à l'exécution de ses engagements; que la concession d'un semblable avantage, faite à l'un des contractants, rompt la parfaite égalité que l'article 1325 a eu pour but d'établir entre eux. Mais l'argument qu'on en tire se retourne, dans son exagération, contre la loi elle-même.

En effet, il est incontestable et incontesté que tout acte par écrit, une simple lettre, par exemple, constitue un commencement de preuve écrite en faveur de celui qui en est porteur, alors même qu'elle n'a point eu pour objet spécial d'établir la convention. Que devient alors cette prétendue égalité que le législateur a entendu établir, quant à l'administration de la preuve, entre les parties qui ont fait entre elles une convention synallagmatique? Elle n'existe évidemment pas, et, cependant, chacune d'elles est autorisée à se prévaloir des moyens particuliers de preuve qui sont en sa possession, et dont l'autre est personnellement dépourvue. Quelle qu'ait été l'intention du législateur d'assurer aux contractants les moyens de se contraindre réciproquement à l'exécution de leurs engagements respectifs, cette volonté n'a donc pas le caractère absolu qu'on lui prête; et, si l'article 1325 en contient l'expression la moins équivoque, il n'en est pas moins vrai qu'il est impossible de lui attribuer une portée aussi exagérée. Oui, la loi a voulu placer les contractants dans une situation parfaitement égale, en tant qu'il s'agit d'un acte valable, régulier, faisant preuve complète, ayant force pleinement probante. Mais si cet acte n'a point, à raison d'une irrégularité, d'un

vice quelconque, cette vertu et efficacité, alors ils retombent dans la position commune que leur font les principes généraux du droit (1).

Le commencement de preuve écrite résultant de l'acte sous seing privé, non fait double, autorise dès lors la partie qui l'invoque à compléter sa preuve à l'aide de témoignages et même de simples présomptions.

39. L'inobservation des formalités prescrites par l'article 1325 n'ayant d'autre conséquence que d'infirmer l'acte sous le rapport de sa force probante, il s'ensuit que chaque contractant a le droit d'offrir et d'administrer la preuve de la convention, en dehors de l'acte déclaré non valable, suivant les règles et les principes ordinaires de droit commun. Ainsi, il peut déférer le serment litisdécisoire à son adversaire, ou le faire interroger sur faits et articles.

Il peut même offrir la preuve par témoins de l'existence de la convention, lorsque son objet ne dépasse pas cent cinquante francs, ou qu'il existe un commencement de preuve écrite, soit qu'elle résulte de tout autre acte indépendant de celui qui a été irrégulièrement dressé pour constater le contrat (2), ou qu'elle résulte seulement de celui-ci.

40. Si l'acte non fait double, ou ne contenant pas la mention du fait double est, pour cette cause, déclaré non valable, c'est seulement en ce qui touche la preuve de la convention synallagmatique qu'il avait pour objet de constater. Lors donc que cet acte établit quelque payement de la part de l'un ou de l'autre des contractants, il fait à cet égard preuve complète,

(1) TOULLIER, T. 8, n° 322; T. 9, n°s 84 et 85. — DELVINCOURT, T. 2, pag. 825. — TROPLONG, *Vente*, n° 33. — MERLIN, Rép., v^is *Double écrit*, n° 8. — Bordeaux, 3 mars 1826. SIREY, 26, 2, 267.—Besançon, 12 juin 1828. SIREY, 28, 2, 274. — Grenoble, 2 août 1839. SIREY, 40, 2, 196. — *Contrà*, DURANTON, T. 13, n° 164.—FAVARD, Rép., v^is *Acte sous seing privé*, sect. 1, § 2, n° 10.— ZACHARIÆ, T. 5, pag. 652.—Amiens, 15 juill. 1826. SIREY, 28, 2, 175.— Bourges, 29 mars 1831. SIREY, 32, 2, 82.— Bastia, 11 juill. 1838. DALLOZ, 38, 2, 150.

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 654. — DURANTON, T. 13, n° 163.

comme s'il avait été régulièrement dressé. Dans ce cas, la convention demeurant inexécutée, on peut réclamer par la voie de la répétition de l'indû ce que l'acte établit avoir été acquitté. Tel est l'acquéreur qui a payé comptant une partie du prix.

On arrive, il est vrai, à ce résultat qui peut paraître étrange, à savoir que l'acte n'a par lui-même aucune force probante suffisante pour établir l'existence de la convention synallagmatique, et que néanmoins il fournit une preuve complète du payement qu'il énonce. Mais il suffit de remarquer que s'il ne prouve point la convention, c'est uniquement à cause de son caractère bilatéral et de la nécessité de procurer à chaque partie un moyen égal d'en obtenir l'exécution ; tandis que, s'il fait foi du payement qu'il mentionne, c'est qu'il s'agit d'un simple fait qui constitue, de la part de celui qui a reçu, une obligation unilatérale seulement.

41. Le vice résultant de l'inobservation des formalités du double écrit, ne peut être réparé ou couvert par le fait d'une seule partie contre la volonté de l'autre. L'article 1325 fournit, en ce sens, un argument décisif. En effet, en disposant que le vice résultant de ce que l'acte n'a pas été fait double ou n'en contient pas la mention, ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention, il indique clairement que celui qui ne l'a pas exécutée peut encore s'en prévaloir. Or, les actes d'exécution ne valent, contre celui qui les a accomplis, que comme renonciation de sa part à opposer le vice résultant de l'irrégularité de l'acte. Une renonciation formelle et expresse ne saurait donc avoir plus d'effet, et n'empêcherait pas l'autre partie d'opposer une exception dont elle ne peut être privée malgré elle.

Ainsi, la déclaration faite par l'un des contractants qu'il entend, en ce qui le concerne, réparer et couvrir le vice de l'acte et accepter la convention, quoique irrégulièrement constatée, n'a d'effet qu'à son égard.

La signification même qu'il ferait de l'original dont il est

porteur ne priverait point l'autre contractant du droit d'en opposer les vices. S'il en était autrement, on retomberait dans les inconvénients que la loi a voulu prévenir, puisque l'une des parties ayant seule le moyen de couvrir le vice de l'acte, aurait par cela même le moyen de contraindre l'autre à l'exécution de la convention, sans que cette dernière eût la même faculté (1).

Quant aux arguments que M. Toullier (2) tire, en un sens contraire, des principes relatifs à la formation des contrats, du concours d'une offre prétendue toujours permanente avec une acceptation toujours possible, une semblable argumentation est ici complètement dépaysée ; car il s'agit d'un vice d'acte, d'une irrégularité de titre, d'une insuffisance de preuve, et nullement de l'application des principes qui régissent la formation des contrats en eux-mêmes, indépendamment des actes destinés à les constater.

Mais les juges peuvent, d'après les circonstances de la cause, reconnaître et décider que l'autre partie, si elle n'y a point participé ni concouru, a du moins acquiescé et adhéré aux actes par lesquels son adversaire a personnellement réparé le vice de l'acte.

42. Lorsque les parties sont convenues, en contractant, que l'acte serait déposé dans l'étude d'un notaire, ou entre les mains d'un tiers désigné ou non, il n'est pas alors besoin de le rédiger dans les formes du double écrit. Le dépôt qui en est effectué, conformément à la convention et dans un intérêt commun, rend inutile l'accomplissement de ces formalités, puisque chacun des contractants, ayant la faculté de recourir à l'unique original de l'acte, a également le moyen de contraindre l'autre à l'exécution de ses engagements. Peu importe que cette convention de dépôt soit établie par une clause spéciale de l'acte, ou qu'elle résulte des circonstances. Les juges pourront toujours en reconnaître l'existence, même sur sim-

(1) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 657.
(2) T. 8, n° 325.

ples présomptions, puisque l'acte en rend lui-même l'allégation vraisemblable et constitue ainsi un commencement de preuve écrite.

Bien que les parties ne soient point convenues, au moment du contrat, de déposer l'acte dans l'étude d'un notaire ou entre les mains d'un tiers, néanmoins le dépôt qui en est plus tard effectué dans un intérêt commun, avec le concours et le consentement de toutes parties, suffit pour en couvrir et réparer le vice. C'est, en effet, outre une égale facilité de prendre communication du titre, un acte commun d'exécution qui ne leur permet plus d'en opposer l'irrégularité (1). Tel est, par exemple, le cas où le compromis ou l'acte qui le proroge est resté constamment en la possession de l'un des arbitres, du consentement de toutes les parties (2).

Mais si le dépôt, même dans l'étude d'un notaire, n'avait été fait que par un seul ou quelques-uns des contractants, sans le concours ou l'acquiescement des autres, il ne couvrirait le vice de l'acte que de la part de celui ou de ceux qui l'ont effectué. Les autres seraient toujours recevables à s'en prévaloir (3), alors même que le déposant leur aurait fait notifier l'acte de dépôt (4).

Pour que le dépôt fait par un seul ou quelques-uns des contractants soit réputé couvrir de leur part, comme fait d'exécution, le vice résultant de l'irrégularité du titre, il faut qu'il ait été opéré précisément en vue d'en assurer la conservation et la représentation dans l'intérêt de toutes parties. Si, au contraire, il n'avait eu lieu, ce qui arrive fréquemment, que dans l'intérêt personnel du déposant, il n'équivaudrait pas à

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 656. — Toullier, t. 8, n° 340. — Cass., 25 fév. 1835. Sirey, 35, 1, 225. — Grenoble, 2 août 1839. Sirey, 40, 2, 196. — Bordeaux, 23 nov. 1843. Sirey, 44, 2, 299. — Cass., 29 mars 1852. Sirey, 52, 1, 385.

(2) Grenoble, 16 avril 1842. Sirey, 44, 2, 647.

(3) Zachariæ, *ibid.* — Bourges, 27 juin 1823. Sirey, 24, 2, 51. — Bordeaux, 13 mars 1829. Sirey, 29, 2, 170.

(4) Zachariæ, t. 5, pag. 657. — *Contrà*, Toullier, t. 8, n° 325.

un acte d'exécution de sa part et ne couvrirait point, même par rapport à lui, le vice de l'acte. Il appartient au juge d'apprécier, suivant les circonstances, l'intention qui a présidé au dépôt et le but que la partie s'est proposé en l'effectuant (1).

Raviot, sur Périer (2), citant un arrêt du parlement de Dijon, du 13 juillet 1676 (3), enseigne que si l'acte non fait double avait été laissé, à titre de dépôt, entre les mains de l'un des contractants, le dépositaire qui est lié par la foi du dépôt, et qui doit être considéré comme un tiers chargé de communiquer l'acte et de le rendre commun aux parties, serait valablement engagé par la convention, sauf à celui qui en réclame l'exécution à établir le fait du dépôt par le serment du dépositaire ou tout autre moyen régulier de preuve. Cette opinion n'est, en réalité, que la conséquence de la distinction qu'il convient de faire entre l'acte et la convention, le moyen de preuve et le lien de droit. Car, au fond, prouver la convention de dépôt, c'est établir l'existence du contrat lui-même, à l'aide d'éléments pris en dehors de l'acte destiné à le constater. Cette convention de dépôt, quelle que soit, d'ailleurs, la diversité des cas, présuppose en effet nécessairement l'existence du contrat à l'occasion duquel elle est intervenue, soit par un seul et même acte, soit par un acte postérieur et séparé. Ajoutons que, dans ce dernier cas, il y aurait même un acte d'exécution commun à toutes parties, qui les rendrait également non recevables à opposer le vice du titre.

43. Nous avons été amené à répéter presque à chaque page que l'intention du législateur avait été, en édictant l'article 1325, de mieux assurer l'efficacité et la réciprocité du lien de droit dans les conventions synallagmatiques, par la remise entre les mains de chaque contractant de moyens égaux de se contraindre mutuellement à l'exécution de leurs engage-

(1) ZACHARIÆ, *ibid.*, nos 38.
(2) T. 1, § 166, no 4.
(3) Voy. MERLIN, Quest., vis *Double écrit*, § 1.

ments respectifs. Or, supposons qu'un vendeur et un acheteur, pour prendre l'exemple le plus saillant d'une convention synallagmatique, rédigent de cette manière l'acte destiné à constater leur convention.

Dans un écrit particulier et séparé, le vendeur énonce tous les engagements qu'il contracte, vente, transmission de propriété, délivrance, obligations accessoires. Dans un second écrit, l'acquéreur énonce de son côté les engagements qu'il contracte à ce titre, le prix, sa quotité, son échéance, l'exigibilité des intérêts, les modifications de la garantie, les réserves stipulées par le vendeur, en un mot toutes ses obligations principales et secondaires. Les parties font entre elles échange de ces actes qui contiennent ainsi séparément les engagements respectifs de chacune d'elles. Nous croyons que le vœu de la loi est suffisamment rempli; car chaque contractant a entre les mains un titre au moyen duquel il peut poursuivre contre l'autre l'exécution de la convention. Si ce mode de rédaction n'est pas conforme à la lettre stricte de l'article 1325, il l'est du moins à son esprit, et fait disparaître tous les inconvénients qu'il a pour but d'empêcher.

Nous y mettons toutefois cette condition : c'est que chaque acte doit contenir la mention des autres actes séparés et particuliers qui auront été remis aux parties ayant des intérêts distincts. Cette mention, on le comprend sans peine, est ici d'aussi rigoureuse nécessité que dans le cas où l'acte est rédigé en plusieurs originaux conformes.

44. On s'est demandé si l'article 1325 n'interdisait pas implicitement la faculté de former un contrat synallagmatique, une vente, par exemple, par correspondance, *per epistolam*. Tout en la déplorant, M. Toullier (1) a cru d'abord à cette interdiction. Mais il est revenu plus tard (2) sur cette première

(1) T. 8, nº 325. — *Conf.*, DURANTON, T. 16, nº 44.
(2) T. 8, pag. 486, note.

opinion, combattue d'ailleurs par la plupart des auteurs qui ont écrit sous le Code Napoléon (1).

Le doute peut venir de ce que les lettres missives, en quelque nombre qu'on les suppose, ne constatent jamais que la proposition d'une part ou l'acceptation de l'autre, sans qu'il existe un double, soit de l'une, soit de l'autre, dans les mains de chaque partie. Mais cet argument tiré, contre la validité des conventions synallagmatiques formées par voie de correspondance, de l'inobservation des formalités du double, se réfute par l'impossibilité même où sont les parties d'exécuter, lorsqu'elles contractent de cette manière, les dispositions de l'article 1325. Cet article suppose, en effet, la rédaction d'un acte sous seing privé, et c'est pour ce cas seulement qu'il exige la rédaction, avec mention de leur nombre, d'autant de doubles qu'il y a de parties intéressées, afin que chacune d'elles ait en sa possession un titre qui lui serve à poursuivre contre les autres l'exécution du contrat. Or, les actes sous seing privé dont parle l'article 1325, ne doivent pas être confondus avec les pièces d'une correspondance qui, considérées isolément, ne constatent que l'un des deux termes essentiels à la formation de toute convention. L'article 109, C. comm., en fournit lui-même la preuve, en disposant que les achats et ventes se constatent par actes publics, par actes sous signature privée, par la correspondance. Autre chose donc la correspondance, autre chose les actes sous seing privé.

Ainsi, lorsque l'article 1325 exige pour la validité des actes sous signature privée l'observation des formalités du double écrit, il suppose un acte qui, par sa nature spéciale et sa rédaction contradictoire admet l'observation de ces formes particulières. Mais si la position des parties et les actes desquels elles déduisent la preuve de leurs engagements y résistent, il serait ridicule d'exiger d'elles l'accomplissement de l'impossible. Voilà pourquoi les conventions synallagmatiques peuvent

(1) MERLIN, Rép., v° *Double écrit*. — TROPLONG, *Vente*, n° 21. — DUVERGIER, *Vente*, n° 168.

être établies par tous moyens réguliers de preuve, et notamment par la correspondance des contractants, en dehors et indépendamment de l'acte sous seing privé que l'article 1325 assujettit à des formes déterminées.

La prudence conseille, toutefois, de régulariser le contrat par un acte qui mette en présence l'offre et l'acceptation. En effet, celui qui a fait l'offre, aussi bien que celui qui l'a acceptée, peut être victime de la suppression frauduleuse, de la part de son adversaire, des pièces essentielles de la correspondance.

Les parties peuvent d'ailleurs, jusqu'à un certain point, lorsqu'elles contractent de cette manière, satisfaire, sinon à la lettre, du moins à l'esprit de l'article 1325. Celle qui fait la proposition n'a, par exemple, qu'à faire un double de la lettre qui la contient. Les deux doubles sont envoyés au correspondant; si celui-ci agrée la proposition, il signe l'un des doubles et le renvoie au proposant, en gardant l'autre. Chaque partie a ainsi un titre semblable qui lui assure le moyen de poursuivre l'exécution du contrat. Celui qui a fait l'offre a l'acceptation de son adversaire, et celui-ci a la proposition de l'autre.

Notons, cependant, que le titre de l'un et de l'autre n'a pas une égale efficacité. Celui qui a fait l'offre a bien un titre parfait, puisque le double de la lettre remise en ses mains contient l'acceptation du correspondant. Mais ce dernier n'a en sa possession qu'une offre simple, qui par elle-même n'exprime point un contrat parfait et définitif. Or, si le proposant supprime ou dénie l'acceptation donnée dont il a seul la preuve; s'il soutient que son adversaire n'a qu'une lettre d'offres, lesquelles, suivant lui, ont été rétractées avant son acceptation, celui à qui elles ont été adressées et qui n'a pas la preuve de la perfection du contrat peut se trouver dans un singulier embarras, dans l'impossibilité même d'établir la convention. Pour obvier à ces inconvénients, inhérents à la forme même de toute correspondance, il convient de dresser un nouvel acte où le contrat soit contradictoirement établi, sans préju-

dice et en outre des pièces échangées dans la correspondance, ou tout au moins de faire consigner sur le double de la lettre contenant la proposition, par celui qui l'a écrite, que cette proposition a été acceptée. Chaque partie a dès lors en sa possession la preuve complète et distincte d'un contrat définitivement consommé, sans qu'il y ait nécessité pour en établir la formation, d'en rapprocher les termes épars dans les pièces de la correspondance.

Ce n'est pas que de pareils écrits constituent toujours une preuve irréfragable de la convention, et qu'on ne puisse rien prouver contre et outre ce qu'ils énoncent, alors, surtout, qu'une partie en a été supprimée et soustraite à la justice. Mais il n'en est pas moins vrai que les fragments produits peuvent, dans tous les cas, et suivant l'appréciation des circonstances, former un commencement de preuve écrite qu'il ne s'agit plus que de compléter. Remarquons même que telle est la nature d'une correspondance, que si, quant à la force probante, elle se place au-dessous de l'acte sous seing privé régulièrement dressé, à cause de la possibilité d'une suppression partielle des pièces qui la composent, elle se place néanmoins au-dessus de l'acte non fait double dont la suppression ne laisse rien subsister, à cause de la possession où elle met chaque contractant de la correspondance émanée de son adversaire; ce qui fait que l'importance de notre question en théorie se modifie singulièrement dans la pratique.

45. De la lettre même de l'article 1325, il résulte que les divers originaux doivent être tous des copies littéralement conformes. Cette conformité n'est cependant pas d'une rigueur absolue. Car si les différences qui existent entre eux ne portent que sur des points insignifiants, elles ne sont d'aucune considération.

Que si, au contraire, elles touchent à des points d'une importance telle que la convention ne soit plus la même, et qu'elle soit sensiblement modifiée par la version d'un original

comparée à celle d'un autre, il peut alors s'élever de sérieuses difficultés pratiques.

En principe, c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation à la prouver. Il s'ensuit que les droits réclamés par chaque contractant devront être réduits à la mesure que leur assigne l'original dont il est porteur. Car c'est le seul titre qu'il puisse invoquer. Le doute, qui n'est qu'un défaut de preuve de sa part, devra donc s'interpréter contre lui et en faveur du débiteur, quant aux obligations correspondantes de ce dernier.

Cependant, en cas de diversité entre les différents originaux, foi sera due de préférence au double qui, se trouvant dans les mains du demandeur, sera écrit en entier de la main de celui auquel on l'oppose (1). S'ils étaient tous deux de la main du demandeur, on devrait s'en tenir à la moindre obligation, *sequi minimum;* car la preuve n'existe que dans cette mesure, le doute s'interprétant en faveur du débiteur. Il en sera de même s'ils sont écrits de la main d'un tiers étranger.

Mais ce n'est là qu'une règle générale, dont l'application est subordonnée aux circonstances. Les juges ont toujours le droit de rétablir la vérité des textes, de réparer les omissions, de rectifier les erreurs, d'après les faits de la cause et la comparaison des originaux entre eux. Chaque version différente constitue, en effet, un commencement de preuve de sa sincérité et de son exactitude, de telle sorte que tous moyens de preuve et de vérification deviennent admissibles.

Comme il ne s'agit alors que de rechercher de quel côté est l'erreur ou l'omission, nous pensons qu'il ne doit pas en être autrement même au cas où il est question de contrats tels que le louage ou la transaction, pour lesquels la preuve testimoniale n'est point admissible, quoiqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Si, par exemple, une clause a été omise sur l'un des doubles, les juges pourront décider, par suite de

(1) POTHIER, *Supplément au traité du louage*, n° 37. — Art. 284, C. comm.

la comparaison des écrits, que cette omission est le résultat d'une inadvertance (1).

Si même l'une des parties, sous un prétexte ou sous un autre, refusait de représenter son original, les juges pourraient avec raison en tirer argument contre elle. Sur tous ces points, la loi s'en rapporte à leur sagacité et à leur prudence. Si la partie dont le titre contient des différences en plus à sa charge refusait, pour cette raison, de le produire, le demandeur pourrait lui déférer le serment sur le fait de savoir si elle possède ou non la copie qu'elle ne produit pas, sauf ensuite à prouver que le double qu'il représente contient une erreur en moins, à son préjudice.

46. Lorsque plusieurs parties ayant un intérêt distinct figurent dans le même acte, il n'est pas besoin de remettre à chacune d'elles un original tout entier. Il suffit de lui fournir un extrait de l'acte pour la partie qui la concerne. Cet extrait vaut pour elle un original, puisque le surplus de l'acte n'intéresse que des tiers absolument étrangers par rapport à elle, et que la convention où elle figure en est distincte et indépendante.

47. La signature des contractants est essentielle à la régularité et à la validité de l'acte. Mais elle n'intéresse nullement l'existence de la convention en elle-même, si la rédaction d'un acte écrit n'a été stipulée comme condition formelle. Il s'ensuit que le contrat peut être établi par tous les moyens légaux de preuve, pris en dehors de l'acte qui est resté imparfait.

Quelquefois, cependant, l'absence de la signature de l'un des contractants suffit pour faire réputer la convention non avenue, à l'égard même de ceux qui ont signé. C'est ce qui arrive lorsque ces derniers sont fondés à prétendre que, l'acte n'ayant point reçu son entière perfection par la signature de toutes les parties qui y figurent, ils ont le droit de retirer un consentement qu'ils n'ont donné que sous la condition que

(1) TOULLIER, t. 9, n° 89.

l'acte ne demeurerait pas imparfait et à l'état de simple projet (1). Mais ces questions, on le comprend, touchent à la formation même des contrats.

Article 1326.

Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit, ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose,—excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service.

Sommaire.

1. Dispositions de l'article 1326.
2. Il reproduit en partie la déclaration du 22 septembre 1733.
3. Critique de ses dispositions.
4. La formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* inconnue en droit romain. De l'exception *non numeratæ pecuniæ*.
5. L'article 1326 ne s'applique qu'aux obligations unilatérales.
6. Si plusieurs s'obligent par le même acte, ils doivent l'approuver séparément.
7. Peu importe que la chose doive être payée au créancier ou à un tiers.
8. L'obligation doit consister en une somme d'argent ou une chose fongible. Quantité appréciable. Cautionnement indéfini.
9. Exemples divers.
10. Des constitutions de rente.
11. On ne peut éluder par la forme donnée à l'acte les dispositions de l'article 1326.
12. Suite. Distinction.
13. Ne sont pas exceptés les engagements unilatéraux contractés à l'occasion d'une convention synallagmatique.
14. L'article 1326 ne s'applique pas aux quittances. Distinction.
15. Formes du *bon pour* ou de l'*approuvé*.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 11.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1326 s'occupe de la seconde classe d'actes sous seing privé, qui sont soumis à certaines formalités particulières. Ce sont les billets ou promesses par lesquels une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable.

Ils doivent être écrits en entier de la main de celui qui les souscrit; ou, du moins, il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose; excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service. Telles sont les dispositions de l'article 1326.

2. Il reproduit, sauf quelques différences, celles de la déclaration du 22 septembre 1733, ainsi conçue : « Voulons que tous billets sous seing privé, au porteur, à ordre ou autrement causés pour valeur en argent, autres néanmoins que ceux qui seront faits par des banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, vignerons, manouvriers, et autres de pareille qualité, seront de nul effet et valeur, si le corps

du billet n'est de la main de celui qui l'aura signé, ou du moins si la somme portée audit billet n'est reconnue par une approbation écrite en toutes lettres aussi de sa main; faute de quoi le payement n'en pourra être ordonné en justice.

» Voulons néanmoins que celui qui refusera de payer le contenu auxdits billets ou promesses, soit tenu d'affirmer qu'il n'en a point reçu la valeur; et, à l'égard de ses héritiers ou représentants, ils seront seulement tenus d'affirmer qu'ils n'ont aucune connaissance que lesdits billets soient dus. »

Signalons tout de suite les différences essentielles qui distinguent les dispositions de la loi nouvelle de celles de la déclaration de 1733. Celle-ci ne s'appliquait qu'aux billets ou promesses causées pour valeur en argent; l'article 1326 s'applique à tous billets ou promesses portant obligation d'une somme d'argent ou autre chose appréciable. D'autre part, il ne déclare point comme elle de nul effet et valeur les actes sous seing privé qui ne sont point faits conformément à ses prescriptions. Il ne soumet point enfin les héritiers ou représentants du souscripteur à l'obligation d'affirmer qu'ils n'ont aucune connaissance que les billets et promesses soient dus, pas plus qu'il n'oblige le souscripteur qui refuse de payer à affirmer qu'il n'en a point reçu la valeur.

3. En soumettant à la formalité de l'*approuvé* ou du *bon pour* les actes dont s'occupe notre article, le législateur a eu pour but d'empêcher autant que possible les abus de blancs-seings, et de garantir les parties contre les surprises de la fraude et les dangers du faux.

Malgré cette intention, assurément très louable, son œuvre n'a point échappé cependant à de vives critiques. Ainsi, on a remarqué d'abord, non sans raison peut-être (1), que les personnes exceptées par l'article 1326 étaient précisément celles qui avaient le plus besoin d'une protection particulière, tandis que celles à qui la protection de la loi est accordée sont, au

(1) TOULLIER, t. 8, nos 277 et suiv. — DURANTON, t. 13, no 168. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 659, nte 46.

contraire, le mieux en état de se protéger elles-mêmes. Cette observation ne manque pas de justesse. Néanmoins, l'exception consacrée par l'article 1326 se justifie par cette considération : c'est que les personnes auxquelles elle s'applique, sachant pour la plupart à peine signer, se seraient trouvées dans la nécessité, pour s'obliger valablement, de recourir au ministère dispendieux d'un notaire, si leur seule signature n'eût suffi pour la validité de l'acte. Quant aux négociants et marchands, l'exception qui les concerne s'explique suffisamment par la nature des actes dont il s'agit, et la large part qui y est toujours faite à la bonne foi.

On a dit encore que, même pour les personnes qu'elle avait l'intention de protéger, la loi ne les garantissait pas efficacement contre les surprises de la fraude et les abus des blancs-seings; qu'elle les exposait même à de plus graves périls, en apprenant aux faussaires et aux escrocs à remplir un blanc-seing, non pas d'une obligation causée pour une somme d'argent, mais de toute autre convention; par exemple, d'une procuration à l'effet d'emprunter, qui pourrait également satisfaire leur cupidité. Cette observation est vraie; mais que prouve-t-elle? Si, pour apprécier l'efficacité d'une disposition édictée en vue de protéger les intérêts des citoyens, on la met constamment aux prises avec le génie du dol et de la fraude, il n'est pas difficile de rencontrer des cas où elle est impuissante; mais ce n'est pas une raison pour le lui reprocher, à moins qu'on ne prouve en même temps ou qu'il vaut mieux la supprimer tout à fait, ou qu'il est possible de lui assurer une efficacité plus grande, sans entraver les relations les plus ordinaires et les plus simples de la vie civile.

On a encore reproché à l'article 1326 de favoriser la mauvaise foi, en donnant aux débiteurs le moyen de se dispenser d'acquitter les dettes les plus légitimes. On peut d'abord répondre que c'est au créancier, averti de la nécessité de la forme prescrite, à veiller à ce qu'elles soient exactement observées de la part du débiteur, et à n'accepter de lui qu'un titre parfaitement régulier. Mais si ce reproche pouvait, avec quelque

fondement, s'adresser à la déclaration de 1733, suivant laquelle le billet ou promesse, à défaut d'approuvé en toutes lettres, était réputé de nul effet et valeur, on ne saurait aujourd'hui le faire également à l'article 1326, puisqu'il ne prononce pas la nullité de l'acte, et qu'il vaut toujours, ainsi que nous l'expliquerons plus loin, comme commencement de preuve écrite, que le juge peut compléter, même à l'aide de présomptions simples.

Quant aux procès qu'on lui reproche de multiplier dans son application, le nombre n'en est pas, du moins maintenant, aussi grand qu'on semble le prétendre. La nécessité du *bon pour* ou de l'*approuvé*, aujourd'hui passée dans nos mœurs, a fourni de plus rares occasions à la chicane; et, si la pratique journalière offre l'exemple de quelques procès où la mauvaise foi des débiteurs a été favorisée par elle, il en est d'autres aussi où elle a servi à déjouer le dol et la fraude.

4. Cette théorie du *bon pour* ou de l'*approuvé* était inconnue dans le droit romain et dans notre ancienne jurisprudence. On y tenait pour principe constant qu'il suffisait que les promesses ou billets fussent signés de l'obligé, alors même qu'ils étaient écrits de la main d'un tiers étranger.

Le droit romain avait cependant certaines dispositions qui, sans ressembler à celles de notre article, avaient toutefois également pour objet de garantir les débiteurs contre les surprises frauduleuses; c'était l'exception d'argent non compté, *non numeratæ pecuniæ*. Voici en quoi elle consistait : Une personne reconnaissait par écrit devoir une somme, avant de l'avoir reçue, mais dans l'espoir qu'elle allait la toucher. La promesse ou billet souscrit par elle ne formait point une preuve suffisante de l'obligation, au moyen de l'exception proposée contre l'action du créancier, qui entendait, suivant les allégations du défendeur, garder tout à la fois le billet et l'argent. Cette exception d'argent non compté avait dès lors pour effet de rejeter sur le porteur du billet la preuve de la numération effective des espèces (1).

(1) L. 7, 8 et 10, C. *De non num. pecun.*

De plus, comme le créancier de mauvaise foi pouvait attendre, afin de se soustraire aux conséquences de cette exception, l'expiration du délai fixé pour la proposer, le débiteur était autorisé à l'invoquer sous forme de plainte de rétention injuste d'une obligation sans cause (1), et, par suite, à revendiquer le titre par la voie de l'action personnelle appelée condiction, *per condictionem obligationem repetere* (2).

Cette même exception d'argent non compté s'appliquait également au cas où le créancier donnait quittance sans recevoir l'argent. Elle s'appelait alors *exceptio non solutæ pecuniæ*, exception d'argent non payé (3). Et, une fois proposée, elle obligeait le débiteur, qui se prétendait libéré, à prouver la réalité du payement.

Dans l'ancien droit romain, cette exception pouvait être proposée pendant cinq ans. Mais, par le droit nouveau de Justinien, ce délai fut réduit à deux ans pour les reconnaissances pour cause de prêt, de vente ou autre cause semblable (4), et à trente jours seulement à l'égard des quittances données par un créancier à son débiteur (5).

Enfin Justinien, par la Novelle 100, autorisa le mari à proposer, pendant dix ans, l'exception de défaut de numération contre la quittance qu'il aurait donnée de la dot de sa femme, sans la recevoir.

Passé ces délais, l'acte faisait foi entière du fait de numération qui y était énoncé.

Il paraît que ces principes du droit romain furent introduits d'abord dans nos plus anciennes coutumes, et appliqués dans notre ancienne jurisprudence française. Plus tard, des parlements, les uns les repoussèrent, les autres en modifièrent l'application, à ce point que Loisel (6) put dire avec raison, en

(1) L. 14, C. *ibid.*
(2) L. 10, C. *ibid.*
(3) L. 14, C. *ibid.*
(4) Voy. Instit., *De litt. obl.* — L. 10 et 14, C. *De non num. pecun*
(5) L. 14, § 3, C. *ibid.*
(6) Instit., liv. 5, tit. 2, n° 5.

termes généraux et absolus, qu'exception d'argent non compté n'a point de lieu; ce qui signifie que la dénégation du débiteur n'a pas pour effet de rejeter la preuve de la dette sur le demandeur, qui fonde ses prétentions sur une promesse ou billet reconnu, et que c'est à lui à établir le défaut de numération effective d'espèces, soit qu'il agisse dans les délais fixés par la loi romaine pour proposer l'exception, ou qu'il se pourvoie, dans les dix ans de l'ordonnance de 1510, par lettres de rescision, ou par forme de plainte et d'exception sur une demande dirigée contre lui (1).

Quoi qu'il en soit, cette exception d'argent non compté ne fut nulle part reçue dans notre ancien droit contre les actes authentiques établissant que la numération avait eu lieu en présence de l'officier public. Non seulement le créancier était dispensé de prouver la réalité de cette numération, mais le débiteur n'était admis à en administrer la preuve contraire que sur une inscription de faux.

Et, quant aux actes sous seing privé constatant une numération d'espèces, le débiteur, à moins qu'il n'eût déjà un commencement de preuve par écrit, ne fut plus admis, par suite des dispositions de l'ordonnance de Moulins, article 54, et de celle de 1667, titre 20, articles 2 et 3, à prouver par témoins le défaut de numération, contre une reconnaissance écrite, encore que la chose dont il s'agît fût d'une somme ou valeur moindre de cent livres. Les mêmes principes se retrouvent aujourd'hui dans le Code Napoléon (1341).

On comprend, du reste, que cette exception, *non numeratæ pecuniæ*, ne se rapproche des formalités du *bon pour* ou de l'*approuvé* que par l'esprit de protection qui les a également inspirées en faveur des débiteurs et autres obligés. L'exception n'avait lieu, en effet, qu'au cas d'obligations ayant pour cause une somme d'argent, alors même que le billet était écrit en entier de la main du souscripteur. Elle se rattachait ainsi au fond même de la convention, tandis que les formes pres-

(1) Voy. BRETONNIER, Quest., v[is] *Except. d'argent non compté.*

crites par l'article 1326 ne tiennent qu'à l'acte considéré comme instrument, et n'affectent que sa force probante.

5. Ces mêmes formalités ne s'appliquent ensuite qu'aux seules conventions unilatérales, c'est-à-dire celles par lesquelles une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement (1103). Si l'article 1326 parle d'un billet ou promesse sous seing privé par lesquels une seule partie s'engage envers l'autre, c'est uniquement pour marquer le caractère unilatéral de l'obligation, sans que pour cela il cesse d'être applicable, lorsque plusieurs personnes, au lieu d'une seule, ont souscrit le billet ou la promesse. Toute autre interprétation ne serait qu'une subtilité en opposition flagrante avec l'esprit de la loi.

Soit que le billet et la promesse sous seing privé aient été souscrits par un seul ou par plusieurs, ils sont donc toujours soumis à la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé;* et il n'y a pas à distinguer entre le cas où les souscripteurs se sont engagés conjointement ou solidairement (1). Chacun d'eux, sauf celui qui a écrit de sa main le corps du billet ou de la promesse, doit, indépendamment de sa signature, écrire de sa main le *bon pour* ou *approuvé* exigé par notre article.

Cette formalité doit être remplie, alors même que le billet ou la promesse émane de deux époux. Si l'un d'eux en a écrit lui-même le corps entier, l'autre est tenu d'apposer de sa main un *bon* ou *approuvé* (2).

6. Il y a toutefois cette différence entre le cas d'une obligation conjointe et celui d'une obligation solidaire, que, dans le premier, chaque souscripteur n'est tenu d'approuver que pour sa part, tandis que, dans le second, il doit approuver pour la

(1) TOULLIER, T. 8, nos 300 et 301. — DURANTON, T. 13, no 179. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 660. — Cass., 8 août 1815. SIREY, 16, 1, 97.

(2) DURANTON, ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, T. 8, no 299, note. — Cass., 6 mai 1816. SIREY, 16, 1, 227. — 22 avril 1818. SIREY, 19, 1, 195.

totalité de la dette. Telles sont les conséquences de la conjonction simple qui n'empêche pas la division de droit de l'obligation entre les divers obligés, et de la solidarité qui fait que chaque débiteur est tenu de la totalité de la dette, comme s'il était seul.

Si le billet rédigé au nom de plusieurs conjointement, sans expression de solidarité, portait les signatures de tous ou de quelques-uns des souscripteurs, avec le *bon* ou *approuvé* pour la totalité de la somme, sans autre expression qui établit la solidarité, l'obligation ne laisserait pas d'être simplement conjointe et non solidaire. Car le *bon* ou *approuvé* se réfère au contexte du billet ou de la promesse, sans préjudice de la division de droit entre les coobligés conjoints.

Lorsque le corps du billet n'exprime aucune division spéciale du montant de la dette entre les divers souscripteurs, il convient de s'en tenir à celle qui résulte du rapprochement des énonciations combinées de chaque *bon pour* ou *approuvé*. Tel est le cas où, s'agissant d'une dette de trois mille francs, l'un approuve pour douze cents francs, l'autre pour huit cents francs et le dernier pour mille francs. Si le corps du billet indique, au contraire, une division différente, la présomption est sans doute en faveur de celle qui est établie par chaque *bon pour* ou *approuvé*. Car c'est là que réside la perfection du titre. Mais cette présomption peut être combattue par toute preuve contraire, puisque le contexte du billet fournit lui-même, au besoin, un commencement de preuve par écrit.

Enfin, si le total des sommes exprimées dans chaque *bon pour* ou *approuvé* était inférieur ou supérieur au montant de la dette, il y aurait lieu d'en rectifier les énonciations d'après les circonstances de la cause, en divisant d'une manière égale ou inégale la somme due entre tous les obligés, une fois que cette somme aurait été déterminée légalement.

7. Il est indifférent que la somme ou la quantité promise soit stipulée payable au créancier lui-même qui contracte ou à un tiers indiqué par lui. Si l'article 1326 parle d'une con-

vention par laquelle une partie s'engage envers l'autre à lui payer..., ce n'est pas pour exclure le cas où le payement doit être fait entre les mains d'un tiers indiqué pour recevoir; c'est seulement pour caractériser le genre de conventions auquel il s'applique, et déterminer de plus en plus leur nature particulière.

8. Mais il ne suffit pas que la convention ait un caractère unilatéral ; il faut, en outre, que le sujet de l'obligation soit d'une espèce particulière. L'article 1326 ne s'applique, en effet, qu'à celles des conventions unilatérales qui ont pour objet une somme d'argent ou une chose appréciable. Mais quel est le sens que l'on doit attacher à ces expressions? Notre article l'indique lui-même, lorsqu'il exige que le *bon pour* ou *approuvé* porte en toutes lettres la quantité de la chose. Ce mot, quantité, exprime clairement que, par chose appréciable, le législateur entend ici une chose de la nature de celles qui, en droit, sont appelées fongibles, et qui se déterminent et s'apprécient dans leur quantité au compte, au poids, à la mesure (1).

L'article 1326 est donc inapplicable, lorsque l'obligation unilatérale a pour objet une chose qui forme un corps certain et déterminé, telle qu'un cheval, une maison.

Son application cesse également lorsque l'objet de l'engagement, consistant en choses de leur nature fongibles, ces choses ont été considérées néanmoins, dans la convention, comme constituant des choses déterminées dans leur individualité propre.

Il cesse encore d'être rigoureusement applicable lorsque les choses qui font le sujet de l'obligation, quoique consistant en choses fongibles, ne sont cependant pas immédiatement appréciables dans leur quantité. Tel est le cas où je m'oblige à vous fournir tout le blé qui se trouve dans mon grenier, tout le grain nécessaire à votre alimentation pendant une année, ou à l'ensemencement de vos terres. Mais il en serait autrement,

(1) TOULLIER, T. 8, n° 303 — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 659.

et la formalité du *bon* ou de l'*approuvé* devrait être remplie si le billet portait vingt hectolitres du blé qui est dans mon grenier, dix hectolitres pour votre alimentation ou l'ensemencement de vos terres. Il y a dans ce cas une quantité appréciable.

Il est vrai que lorsque la somme ou la quantité promise ne peut être appréciée ou déterminée au moment de l'acte, le souscripteur a un égal intérêt a être protégé contre toute surprise. Et, de ce point de vue, on peut être amené à conclure que même, dans ce cas, il y a lieu d'observer la formalité du *bon* ou de l'*approuvé*, autant du moins qu'il est possible de l'observer, c'est-à-dire en énonçant qu'on s'oblige pour une somme ou une quantité indéterminée (1). Mais il ne faut pas perdre de vue que les dispositions de l'article 1326 sont exceptionnelles, qu'elles ne peuvent, par raison d'analogie, être étendues à des cas qui ne rentrent point dans ses termes précis. Ce serait ajouter véritablement à la loi que d'exiger, dans une semblable hypothèse, la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* avec l'indication particulière dont il s'agit. Du reste, il n'est peut-être pas exact de prétendre que l'intérêt du souscripteur du billet ou de la promesse est ici le même ; car la somme ou la quantité promise étant indéterminée et ne devant s'apprécier que d'après certains éléments et circonstances indépendantes du pouvoir et de la volonté des parties, le créancier n'a pas les mêmes moyens de fraude, ni les mêmes facilités de surprise (2).

Mais au moins faut-il que la partie qui s'oblige, si elle n'écrit l'acte en entier, exprime dans le *bon* ou *approuvé* la nature de l'engagement qu'elle contracte. En ce sens, cette formalité est encore applicable, malgré l'indétermination actuelle de la chose due, le débiteur ayant alors un égal besoin de la protection de la loi, pour être garanti contre les surprises et les erreurs dont il pourrait être victime. Si donc nous n'exigeons

(1) Voy. Metz, 28 mars 1833. Sirey, 35, 2, 49.

(2) Zachariæ, t. 5, pag. 663. — Agen, 9 nov. 1823. Sirey, 26, 2, 3.

pas qu'il énonce qu'il s'engage, à tel titre et pour somme ou quantité indéterminée, nous voulons du moins qu'il mentionne dans un *bon* ou *approuvé* qu'il s'engage à tel ou tel titre; comme, *bon pour cautionnement, approuvé le cautionnement.* Et il ne suffirait pas, par exemple, de ces mots : *approuvé l'écriture ci-dessus,* dans le cas où il s'agirait d'un cautionnement indéfini donné pour compte courant et toutes avances déjà faites ou à faire à l'avenir (1). Mais c'est assez que le *bon* ou *approuvé* détermine l'engagement contracté, de manière qu'on ne puisse frauduleusement lui en substituer un autre d'une nature différente, et que le créancier ait su, en définitive, à quoi il entendait s'obliger.

9. Quelles que soient les restrictions que les termes mêmes de l'article 1326 apportent à ses propres dispositions, il n'en reste pas moins un champ fort large ouvert à son application. Remarquons, en effet, que la déclaration du 22 septembre 1733 ne parlait que de billets sous signature privée, au porteur, à ordre, ou autrement, causés pour valeur en argent, tandis que le Code Napoléon s'occupe de tout billet et de toute promesse sous seing privé, par lesquels une ou plusieurs personnes s'engagent envers une ou plusieurs autres à payer une somme d'argent ou une chose appréciable. Cette expression, promesse, a ici un sens général beaucoup plus étendu que celle de billet, qui est naturellement restreinte. Elle signifie tout engagement unilatéral qui ne rentre pas dans l'acception propre du terme de billet, et sert par là à faire connaître l'extension que le législateur moderne a entendu donner à la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé.*

Quelle que soit donc la forme de l'acte, quelle que soit la nature particulière de l'engagement, il suffit que la convention contienne l'obligation de payer une somme d'argent ou autre chose appréciable, pour que l'article 1326 doive rece-

(1) Cass., 1er mars 1853. Sirey, 53, 1, 212. — Paris, 24 mai 1855. Sirey, 55, 2, 571. — *Contrà,* Douai, 25 nov. 1853. Sirey, 54, 2, 696.

voir son application. Ainsi, les actes de prêt, de dépôt (1), de cautionnement (2), s'ils ne constituent un contrat synallagmatique (3); les promesses quelconques de garantie; les arrêtés de compte par lesquels le débiteur s'oblige à en payer le reliquat (4), s'ils n'énoncent un payement comptant et ne contiennent quittance (5); les reconnaissances de dettes; les actes portant simplement constitution de rente (6) sont soumis à la formalité du *bon* ou de l'*approuvé*.

10. Que, sous l'empire de la déclaration de 1733, l'on ait déclaré les actes de cette dernière espèce dispensés de cette formalité, on le comprend, puisqu'ils ne rentrent pas dans la classe des simples billets. Mais aujourd'hui ils sont évidemment compris dans le terme de promesse, toutes les fois, du moins, que le contrat de constitution de rente établit un simple engagement unilatéral de la part du débiteur et n'entraîne point d'engagements synallagmatiques. La constitution de rente perpétuelle ou viagère n'est, en effet, sous le Code Napoléon, autre chose que l'intérêt stipulé par le créancier pour le capital qu'il prête avec interdiction de l'exiger (1909-1910).

Mais si la constitution de rente avait été faite moyennant

(1) Toullier, t. 8, n° 304. — Zachariæ, t. 5, pag. 662. — Duranton, t. 13, n° 171.

(2) Merlin, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 8. — Duranton, t. 13, n° 175. — Zachariæ, t. 5, pag. 662. — Favard, Rép., v^is *Acte sous seing privé*, sect. 1, § 3, n° 8. — Cass., 21 août 1827. Sirey, 28, 1, 60. — Bordeaux, 17 juin 1852. Sirey, 52, 2, 672. — Cass., 1er mars 1853. — Sirey, 55, 1, 212. — *Contrà*, Lyon, 12 avril 1832. Sirey, 33, 2, 428.

(3) Voy. 1325, n° 13.

(4) Merlin, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 9. — Duranton, t. 13, n° 172. — Zachariæ, t. 5, pag. 662. — Toullier, t. 8, n° 306. — *Contrà*, Angers, 9 août 1820. Sirey, 21, 2, 180. — Grenoble, 26 janv. 1826. Sirey, 26, 2, 308.

(5) Orléans, 22 août 1840 Sirey, 40, 2, 433.

(6) Duranton, t. 13, n° 173. — Zachariæ, t. 5, pag. 662. — Troplong, *Contrats aléatoires*, n° 227. — Angers, 18 fév. 1837. Sirey, 39, 2, 426. — *Contrà*, Toullier, t. 8, n° 305.

l'abandon d'un immeuble ou de toute autre chose, même d'une somme d'argent, et que les parties eussent donné à leur acte la forme particulière aux contrats synallagmatiques ; dans ce cas la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* ne serait pas nécessaire. Car l'engagement de servir la rente ne résultant point d'une convention simplement unilatérale, et les parties ayant donné à leur acte la forme que comportait, dans tous les cas, et que pouvait même exiger la nature synallagmatique de leur contrat, les dispositions de l'article 1326 sont inapplicables. Mais si l'observation des formalités exigées par l'article 1325 est alors nécessaire, elle est en même temps suffisante.

11. Ce n'est pas, cependant, que l'on puisse impunément éluder la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé,* en donnant à l'acte la forme d'un contrat synallagmatique, alors que cette forme répugne à la nature propre de la convention. Ainsi, l'acte sous seing privé contenant énonciation d'un arrêté de compte, d'avances faites ou de prêts antérieurs, avec promesse de la part du débiteur de payer une somme déterminée, est soumis aux prescriptions de l'article 1326, bien que les parties lui aient donné la forme d'un contrat synallagmatique, et l'aient rédigé conformément à l'article 1325. Ce serait une véritable fraude aux formalités prescrites par la loi. Il en serait de même au cas de cautionnement ordinaire.

Il faut donc, pour savoir à quelles formes l'acte reste soumis, apprécier le fond même du contrat, sans s'arrêter à la dénomination ni à la forme que les parties lui ont données, en contradiction avec sa nature propre, avec sa substance et le caractère des engagements qui en naissent (1).

12. Par les mêmes raisons, l'acte ne serait point valable si, devant être rédigé dans la forme du double écrit, comme contenant une convention synallagmatique, les parties l'avaient dressé dans la forme d'un engagement unilatéral, suivant les

(1) Toullier, t. 8, n° 307. — Zachariæ, t. 5, pag. 661.

dispositions de l'article 1326. Vainement elles auraient observé les formalités du *bon pour* ou de l'*approuvé*.

Cependant, lorsque l'engagement qui fait le sujet du billet ou de la promesse se rattache même à un contrat synallagmatique, et que ce contrat a reçu, de la part de l'une des parties, son entière exécution, de telle sorte qu'il ne reste plus d'obligation que d'un seul côté, il n'est pas nécessaire, ainsi que nous l'avons vu (1), de se conformer aux dispositions relatives au double écrit. Il suffit de rédiger l'acte qui constate l'engagement unilatéral, seul subsistant, suivant les dispositions de l'article 1326.

Ainsi, le vendeur ayant rempli de son côté ses engagements, l'acheteur lui souscrit un billet par lequel il reconnaît lui devoir la somme de..., payable à telle époque, pour prix de telle chose vendue et livrée ; ou bien, au contraire, le vendeur ayant touché le prix comptant, souscrit une promesse par laquelle il s'oblige à livrer à l'acheteur, qui s'est libéré du prix, telle quantité de denrées ou de marchandises. Ce billet et cette promesse, ne contenant qu'un engagement unilatéral, doivent être assortis d'un *bon pour* ou d'un *approuvé* de la main du souscripteur (2).

Mais si les parties avaient conservé à leur acte la forme d'une convention synallagmatique, bien qu'elle eût reçu, de la part de l'un des contractants, sa parfaite exécution, les dispositions de l'article 1325 seraient seules applicables, et non plus celles de l'article 1326. Les formalités du double écrit suffiraient pour la validité de l'acte, sans aucune expression de *bon pour* ni d'*approuvé*. Car la vérité est qu'il s'agit toujours d'une convention synallagmatique (3).

13. Si l'une des parties contractait, à l'occasion d'un contrat synallagmatique, un engagement unilatéral qui, ne dérivant point de la nature de ce contrat, fût néanmoins constaté dans

(1) 1325, n° 20.
(2) Toullier, t. 8, n° 328.
(3) Toullier, t. 8, n° 330.

le même acte, il y aurait nécessité pour elle d'approuver la somme ou la quantité de la chose promise, conformément à l'article 1326. Tel est le cas où, dans un acte de vente sous seing privé, il y a, de la part du vendeur ou de l'acquéreur, reconnaissance d'une somme prêtée; ou bien encore celui où, dans un acte de bail sous seing privé, le preneur reconnaît que le bailleur lui a avancé certaine somme (1).

Quant à cet engagement unilatéral, qui est tout à fait distinct et indépendant des obligations réciproques qui résultent immédiatement et directement du contrat de bail ou de vente, la formalité du *bon* ou de l'*approuvé* est indispensable. Pour être mêlées et confondues dans le même acte, ces deux conventions n'en doivent pas moins être soumises, quant à la validité de l'acte destiné à les constater, aux formalités particulières à chacune d'elles.

11. L'article 1326 n'est applicable qu'aux seuls billets et promesses par lesquels une partie s'engage envers l'autre. Il ne concerne donc pas les simples quittances, puisqu'on ne peut dire d'elles qu'elles produisent aucun engagement unilatéral de la part du créancier qui reçoit payement (2).

Cependant, si la personne qui reçoit la somme ou la chose s'obligeait en même temps par la quittance, envers celui qui paye, à en faire un usage ou un emploi déterminé, et à lui en rendre compte, il faudrait observer la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé*. Car la quittance contient en réalité, dans ce cas, un engagement unilatéral de la part de celui qui a reçu la somme ou la chose. Ainsi, le mandataire reçoit de son mandant une somme de... pour un usage ou emploi convenu. Il s'oblige par le fait de sa réception, et la quittance contient en même temps de sa part promesse de rendre compte, de satisfaire à son engagement, de payer, dans le sens général et étendu de cette dernière expression. Il doit donc y apposer en toutes lettres le *bon pour* ou l'*approuvé*.

(1) DURANTON, T. 13, n° 174. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 662.
(2) DURANTON, T. 13, n° 169. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 663.

Mais il en est autrement lorsque la quittance a simplement pour effet d'éteindre une obligation préexistante. Il importe même peu alors que celui qui la donne reçoive en une qualité de mandataire, de gérant, d'administrateur, en laquelle il peut être poursuivi plus tard en reddition de compte, en restitution des sommes ou choses reçues, par les tiers étrangers dont il a géré les biens (1). C'est qu'il ne contracte aucune obligation immédiate et directe envers la personne qui paye, laquelle ne fait que se libérer en demeurant étrangère aux conséquences de sa réception.

15. Voyons maintenant quelles sont les formes du *bon pour* ou *approuvé*, que la loi exige, outre la signature de l'obligé, quand le corps du billet ou de la promesse n'est pas écrit en entier de sa main. Il doit porter en toutes lettres, de la main du souscripteur, la somme ou la quantité de la chose (1326). Voilà la seule condition de forme qui lui soit essentielle. C'est cette énonciation en toutes lettres et de sa main, du montant de l'obligation, qui constitue la garantie que la loi a voulu lui assurer.

Il s'ensuit qu'une simple indication en chiffres est insuffisante, bien qu'elle suffise si le corps du billet ou de la promesse est écrit en entier de la main du souscripteur.

Il en résulte encore qu'une simple approbation de l'écriture, sans mention en toutes lettres de la somme ou de la quantité promise, ne satisfait point aux prescriptions de la loi (2).

Mais le *bon pour* ou l'*approuvé*, quand il est régulièrement exprimé, suffit seul, sans que le souscripteur doive, en outre, énoncer les clauses accessoires et modes particuliers de l'obligation, tels qu'une stipulation de condition, de terme ou d'intérêts.

Au surplus, aucune expression sacramentelle n'est exigée.

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 663.

(2) MERLIN, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 2. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 664. — DURANTON, T. 13, n° 182. — Cass., 26 mai 1823. SIREY, 24, 1, 122. — Caen, 28 nov. 1843. SIREY, 44, 2, 661.

Ces expressions, *bon pour* et *approuvé*, peuvent être indifféremment remplacées par des termes équivalents.

16. Nous pensons même que le *bon pour* et *approuvé* peuvent être impunément supprimés, et que le billet et la promesse valent par eux-mêmes, lorsque le souscripteur a écrit de sa main la mention de la somme ou de la quantité promise, sans la faire précéder de ces mots, *bon pour*, *approuvé*, ou autres équipollents. Le vœu de la loi nous paraît alors rempli, parce que l'énonciation en toutes lettres et de la main de l'obligé contient par elle-même approbation virtuelle de sa part, et écarte toute idée de fraude et de dol.

Nous pensons encore que si un blanc avait été laissé dans le corps du billet ou de la promesse, et que le souscripteur l'eût rempli de sa main, en y exprimant en toutes lettres la somme ou la quantité promise, cette mention équivaudrait à la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé;* car elle en contient tous les éléments essentiels. Bien que l'article 1326 semble exiger que le billet soit écrit en entier de la main de celui qui s'oblige, il ne faut point, en effet, pousser la rigueur jusqu'à considérer comme non valable l'acte qui aurait été écrit, en sa plus grande partie, par un tiers étranger, pourvu que le débiteur ait écrit de sa main la mention relative à la somme ou quantité due. C'est cette énonciation qui constitue essentiellement le corps du billet; et si l'on ne peut dire rigoureusement que le débiteur l'ait écrit en entier de sa main, du moins il est vrai qu'il a mis son *approuvé* dans le corps même de l'acte (1).

17. Le *bon pour* ou *approuvé* se met généralement, suivant l'usage, immédiatement avant la signature du souscripteur. Mais cette place est indifférente. Il peut suivre ou précéder indistinctement la signature, la loi ne faisant point du lieu qu'il occupe une condition de sa régularité.

18. A peine avons-nous besoin d'ajouter que le *bon pour*

(1) TOULLIER, T. 8, n° 298.

ou *approuvé* peut être écrit en une langue et en des caractères différents de ceux du corps du billet ou de la promesse. Il marque même mieux, dans ce cas, la personnalité propre du souscripteur.

19. Telle est la règle générale posée par l'article 1326, à laquelle il apporte lui-même plusieurs exceptions, toutes également fondées sur la seule considération de la profession, de l'état ou du métier de la personne de laquelle émane le billet ou la promesse.

En première ligne se présentent les marchands, c'est-à-dire, dans l'acception étendue où est prise ici cette expression, les négociants, les manufacturiers, les fabricants, les industriels et même les banquiers, quelle que soit l'importance de leur commerce ou de leur industrie.

L'exception concernant les marchands se réfère entièrement et exclusivement à la profession et à la qualité de la personne. Son application est ainsi indépendante de la nature de l'acte considéré en lui-même. Soit que l'opération constitue ou non en réalité un acte de commerce dans le sens de la loi (632, 633, C. comm.), la signature du souscripteur, commerçant ou industriel, suffit seule pour la validité du billet ou de la promesse, sans *bon pour* ni *approuvé*. La loi, les réputant souscrits dans l'intérêt de son industrie ou de son commerce, n'a pas voulu qu'il pût soulever, au préjudice de la bonne foi des tiers, des contestations sur la nature commerciale ou non commerciale de la convention.

20. Il y a, toutefois, certains actes dont le caractère seul, indépendamment de la profession et de la qualité de la personne, sert à fonder une nouvelle exception aux dispositions de l'article 1326. Nous en parlons ici, parce que leur nature commerciale les rapproche de ceux qui sont souscrits par les marchands, manufacturiers et banquiers.

Telle est la lettre de change, qui par elle-même constitue essentiellement un acte de commerce. Aussi, l'article 110, C. comm., énumérant les conditions de forme de la lettre de

change, ne mentionne pas la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* (1).

Mais si la lettre de change était réputée simple promesse, parce qu'elle contient supposition soit de nom, soit de qualité, soit de domicile, soit du lieu d'où elle est tirée ou dans lequel elle est payable (112, C. comm.), il y aurait alors nécessité de remplir la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* (2).

Il en est de même au cas où des femmes ou filles, non négociantes ou marchandes publiques, souscrivent une lettre de change, qui ne vaut alors, à leur égard, que comme simple promesse (113, C. comm.) (3).

Quant aux simples billets à ordre ou au porteur, comme ils ne constituent point essentiellement par eux-mêmes des actes de commerce, s'ils ne sont souscrits par des négociants, ils restent soumis à la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé*, comme les simples promesses ordinaires, lorsqu'ils sont souscrits par des non commerçants. Telle était la disposition formelle de la déclaration du 22 septembre 1733, et il est évident que les dispositions du Code Napoléon, plus étendues même sous certains rapports, ont la même portée (4).

En ce qui concerne l'aval, qui est une forme de cautionnement particulière aux effets de commerce, il est dispensé de la formalité du *bon pour* ou *approuvé* (5), même lorsqu'il est donné pour la garantie d'une lettre de change par un non commerçant, soit que la lettre émane d'un commerçant ou

(1) MERLIN, Rép., v^is *Ordre* (*billet à*), § 1, art. 5. — DURANTON, T. 13, n° 176. — PARDESSUS, *Droit commercial*, T. 1, n° 245. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 661. — Toulouse, 30 déc. 1829. SIREY, 30, 2 128. — Montpellier, 20 janv. 1835. SIREY, 35, 2, 336.

(2) DURANTON, ZACHARIÆ, *ibid.*

(3) ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 26 mai 1823. SIREY, 24, 1, 122.

(4) MERLIN, Rép., v^is *Ordre* (*billet à*), § 1, art. 5. — DURANTON, T. 13, n°s 176, 178. — PARDESSUS, *Droit commercial*, T. 1, n° 245. — Cass., 27 janv. 1812. SIREY, 12, 1, 244. — 26 mai 1823. SIREY, 24, 1, 122.

(5) MERLIN, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 8. — DURANTON, T. 13, n° 176. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 662.

d'un non commerçant. L'aval participe alors de la nature essentiellement commerciale de l'engagement principal.

Mais il en serait autrement de l'aval fourni sur une lettre de change par des femmes ou filles non marchandes publiques, puisque la lettre ne vaut, à leur égard, que comme simple promesse (1).

Quant à l'aval donné sur un billet à ordre, une distinction est proposée : S'il est souscrit par des non commerçants, il est évident que le donneur d'aval doit apposer de sa main un *bon pour* ou *approuvé*, comme en sont tenus les souscripteurs eux-mêmes. Mais si le billet émane d'un commerçant, on dit qu'alors l'aval fourni, même par un non commerçant, n'est pas soumis aux formalités de l'article 1326. Le donneur d'aval, ajoute-t-on, est en effet tenu solidairement et par les mêmes voies que les souscripteurs (187, 141, C. comm.). Il ne saurait donc se prévaloir de l'inaccomplissement d'une formalité dont il fonderait la nécessité sur la considération de sa qualité de non commerçant, qualité que les tiers de bonne foi n'ont pas eu à vérifier. On fait enfin remarquer que l'intérêt des transactions commerciales exige que l'on fasse fléchir, dans ce cas, la rigueur des dispositions de la loi civile. L'aval participe alors de la nature commerciale du titre, soit qu'il existe sur le billet ou dans un acte séparé (2).

Toutefois, même dans ce cas, les femmes ou filles non marchandes publiques qui auraient fourni l'aval ne seraient pas dispensées des formalités prescrites par l'article 1326, puisqu'elles ne le seraient même pas pour une lettre de change (3).

21. Nous avons dit que l'exception posée par l'article 1326, à l'égard des commerçants, était exclusivement fondée sur leur qualité personnelle, mais en ce sens seulement que les

(1) Paris, 20 mars 1830. Sirey, 31, 2, 174.

(2) Merlin, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 8. — Duranton, t. 13, n° 176. — Zachariæ, t. 5, pag. 662. — Favard, Rép., v° *Aval*, n° 4. — Cass., 25 janv. 1814. Sirey, 14, 1, 62.

(3) Merlin, Zachariæ, *ibid.* — Cass., 18 fév. 1822. Sirey, 22, 1, 318.

billets souscrits par eux ne sont point soumis à la formalité du *bon* ou de l'*approuvé*, alors même qu'ils n'ont point pour objet un acte de leur commerce.

Est-ce à dire que le non commerçant d'habitude qui souscrit un billet ou une promesse dont la cause est réellement commerciale, soit tenu de remplir cette formalité? Nous ne le pensons point. La loi, en considérant la qualité de la personne, ne la sépare pas de l'acte lui-même; elle la caractérise, au contraire, par la nature propre de l'opération, telle qu'elle est déterminée par la réalité du fait ou par la présomption légale, et elle ne saurait, au point de vue où elle s'est placée, qui est l'intérêt du commerce, mettre la qualité de la personne en contradiction avec la nature de l'acte. Lors donc que le billet souscrit par un non négociant aura pour cause un fait même isolé de commerce, il sera dispensé de la formalité du *bon pour* ou *approuvé*. La vérité est, dans ce cas, que le souscripteur, s'il n'est pas commerçant d'habitude, l'est au moins eu égard à l'acte particulier qu'il a accompli (1).

22. Au point où sont parvenus les arts et l'industrie, il n'est pas toujours facile de distinguer la ligne qui sépare le simple artisan qui exerce un art mécanique, de l'artiste qui se livre à un art où le génie concourt avec le travail de la main. La loi ne peut s'en rapporter sur ce point qu'à l'appréciation que les juges sont chargés de faire des circonstances particulières de chaque cause.

23. Quant aux personnes que l'article 1326 désigne sous les noms de laboureurs, vignerons, l'on doit considérer comme tels tous les individus qui se livrent personnellement aux travaux de l'agriculture, et tirent de ce genre de travail leurs moyens, au moins principaux, d'existence, soit qu'ils travaillent à la culture proprement dite de la terre, ou qu'ils s'occupent spécialement de l'éducation des bestiaux; soit qu'ils cultivent leurs propriétés ou celles d'autrui, en qualité de co-

(1) *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 178.

lons ou de fermiers; soit qu'ils travaillent seuls, ou avec le concours de leur famille, de domestiques ou de gens de journée (1).

On ne saurait donc appliquer l'exception de notre article aux personnes que leur position de fortune, leur rang dans la société, le degré de leur instruction, plus encore que leurs occupations habituelles, distinguent de la classe ordinaire des cultivateurs, alors même que pour leur utilité ou leur simple agrément ils se livrent à une exploitation agricole. Ici encore, les tribunaux ont un pouvoir très étendu d'appréciation. Ils peuvent, en conséquence, ne pas considérer comme laboureurs, les propriétaires de biens fonds qui dirigeant eux-mêmes leur exploitation agricole, se déchargent cependant sur des domestiques des travaux matériels (2).

24. Quant à ces expressions, gens de journée et de service, elles comprennent tous ceux qui tirent leurs moyens d'existence des travaux qu'ils exécutent et accomplissent de leur personne, en qualité d'ouvriers, de manouvriers, de salariés, de domestiques, soit que leurs gages ou salaires soient fixés au jour, au mois, à l'année, ou de toute autre manière; ou qu'ils soient attachés au service de la personne, du ménage, des propriétés, d'une usine, magasin, manufacture, ou établissement industriel.

25. Lorsqu'il s'agit de savoir si un billet ou une promesse est dispensée, à raison de la qualité du souscripteur, de la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé*, il faut se reporter à l'époque où l'acte a été souscrit. Car la seule qualité personnelle qu'il convienne de considérer est celle qui existait au moment

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 664. — Voy. Cass., 23 fév. 1824. Sirey, 24, 1, 194. — Bordeaux, 22 juill. 1829. Sirey, 29, 2, 341. — Grenoble, 22 août 1829. Sirey, 30, 2, 76. — Nîmes, 4 janv. 1830. Sirey, 30, 2, 184. — Cass., 1er fév. 1836. Sirey, 36, 1, 511. — 17 fév. 1836. Sirey, 36, 1, 660.

(2) Nîmes, 4 mai 1852. Sirey, 53, 2, 106.

de la souscription de l'acte, puisque ses conditions de forme y étaient subordonnées (1).

Ainsi ne doivent point être prises en considération les qualités antérieures ou postérieures au moment où le billet et la promesse ont été faits. Par exemple, une personne qui a cessé le commerce ne peut se prévaloir de la cessation de sa qualité de commerçant pour attaquer le billet qu'elle a souscrit, sans *bon pour* ni *approuvé*, alors qu'elle exerçait le commerce. Par contre, les billets souscrits par elle à une époque postérieure doivent être revêtus de la formalité.

Il ne saurait y avoir de difficulté sur ce point, que lorsque les actes ont été faits à une époque voisine de la cessation de sa qualité de commerçant, et dans un temps où son changement d'état n'avait pas encore reçu une notoriété suffisante. Dans ce cas, la bonne foi des tiers peut, suivant les circonstances, faire reconnaître les billets valables, malgré l'absence du *bon pour* ou de l'*approuvé* (2).

26. La qualité du souscripteur d'un billet ou promesse doit exclusivement s'apprécier eu égard à sa personne. Ainsi, il n'existe aucune présomption ni de fait ni de droit qui autorise les juges à attribuer, sans une vérification particulière, à la femme la même qualité ou profession qu'au mari. L'exception ne s'étend pas de plein droit de l'un à l'autre.

Ce point est surtout d'une vérité sensible, lorsqu'il s'agit d'un commerçant à la profession duquel la femme ne participe point, alors même que, sans faire un commerce séparé, elle ne fait que détailler les marchandises de son mari (7, C. comm.), ou qu'elle l'aide, par sa collaboration, dans la tenue de son magasin ou de ses livres, la rédaction de sa correspondance, la gestion de sa comptabilité. La qualité du mari est alors incommunicable, et la femme n'étant point réputée marchande publique ne se trouve pas, quant aux billets souscrits

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 664. — Toullier, t. 8, n° 299. — Duranton, t. 13, n° 184.
(2) Zachariæ, t. 5, pag. 665, n[te] 70. — Toullier, t. 8, n° 299.

par elle personnellement, dans l'exception posée par l'article 1326 (1).

Nous en disons autant des femmes de gens de journée et de service ; car la qualité du mari tient à un état et à une condition tout personnels. Seulement, il y aura à vérifier si elles ne rentrent pas elles-mêmes, sous d'autres rapports, dans l'une des classes exceptées, telle que celle des artisans.

Quant aux femmes de laboureurs et de vignerons, bien que leur condition se soit beaucoup modifiée depuis la promulgation du Code Napoléon, sous le rapport de leur coopération personnelle aux travaux des champs, le plus souvent, presque toujours elles auront, en fait, la même qualité que leurs maris. Mais il faudra néanmoins en faire la vérification, sans que, toutefois, l'on doive se montrer aussi exigeant pour caractériser leur qualité personnelle, que s'il s'agissait de leurs maris. Il suffira donc, pour qu'elles rentrent elles-mêmes dans l'exception, qu'elles prennent dans les travaux de l'agriculture une part en rapport avec leur sexe, leurs forces, les mœurs, les usages, la nature de l'exploitation (2).

Mais il n'en est pas moins vrai que l'exception ne doit point, même dans ce cas, être étendue de plein droit à la femme, et que les juges doivent vérifier, indépendamment de la qualité et de la condition du mari, si elle appartient elle-même personnellement à l'une des classes pour lesquelles la loi a établi une présomption d'instruction insuffisante. Autrement, s'il s'en faisait de plein droit communication de l'un à l'autre, on s'exposerait dans la pratique à de fâcheuses méprises et à de graves erreurs (3).

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 665, nte 72. — Toullier, t. 8, no 300. — Cass., 6 mai 1816. Sirey, 16, 1, 227. — 1er mai 1820. Sirey, 20, 1, 416.

(2) Cass., 9 déc. 1839. Sirey, 40, 1, 30.

(3) Caen, 3 janv. 1827. Sirey, 28, 2, 84. — Cass., 22 juill. 1828. Sirey, 29, 1, 88. — Caen, 28 nov. 1843. Sirey, 44, 2, 661. — Cass., 26 fév. 1845. Sirey, 45, 1, 731. — Voy. cep. Zachariæ, t. 5, pag. 665. — Grenoble, 22 août 1829. Sirey, 30, 2, 76. — Lyon, 12 déc. 1829. Sirey, 31, 2, 225.

27. Il arrive souvent que parmi les souscripteurs d'un billet ou d'une promesse, les uns sont dans le cas de l'exception, tandis que les autres restent soumis à la règle générale. Le billet et la promesse sont alors valables à l'égard des premiers, et ne le sont point à l'égard des seconds, s'ils n'ont régulièrement apposé un *bon pour* ou *approuvé*.

Si l'obligation est simplement conjointe, ceux qui l'ont valablement et régulièrement souscrite, demeurent donc obligés, mais seulement pour leur part et portion virile dans la dette (1). Cette division de l'obligation ne souffre du moins aucune difficulté, lorsque le *bon pour* ou *approuvé* a été mis avec mention d'une part divisée. Mais s'il a été donné pour une somme inférieure ou supérieure à la part virile de chaque souscripteur, ou même pour le montant total de la dette, il y aura à vérifier, d'après les circonstances, s'il n'y a pas eu erreur de la part des souscripteurs, ou si, au contraire, cette inégalité dans la répartition de la dette, telle qu'elle résulte de chaque *bon pour* ou *approuvé*, n'exprime pas la part réelle et véritable que chacun y a prise, et pour laquelle il a entendu s'obliger (2).

Si l'engagement est solidaire, ceux qui y ont apposé régulièrement leurs signatures sont obligés solidairement et tenus du total de la dette, comme si tous les souscripteurs étaient eux-mêmes valablement engagés (3), sauf à eux à exercer, ainsi que de droit, leur recours contre les autres qui ont irrégulièrement souscrit l'acte, en prouvant qu'ils ont réellement pris part à l'obligation.

28. Le défaut de *bon pour* ou d'*approuvé* a seulement pour effet d'infirmer la force probante de l'acte et d'empêcher qu'il ne fasse pleine foi par lui-même. Les juges ne peuvent donc le prendre pour unique fondement d'une condamnation, ni le

(1) Duranton, t. 13, n° 181.
(2) Toullier, t. 8, n° 300.
(3) Duranton, t. 13, n°s 180 et 181.

créancier s'en prévaloir pour former une saisie-arrêt sans permission de justice.

Mais comme il constitue un titre simplement irrégulier et insuffisant pour faire preuve complète de l'obligation ; que l'article 1326, à la différence de la déclaration du 22 septembre 1733, ne le déclare pas de nul effet et valeur et ne défend point d'en ordonner le payement en justice ; que l'irrégularité du titre, sous le rapport de sa force probante, reste sans influence sur l'existence et la validité de l'engagement en soi, rien ne s'oppose à ce que le créancier défère le serment décisoire au souscripteur du billet (1), le fasse interroger sur faits et articles (2), demande sa comparution à l'audience, et excipe enfin du titre dont il est porteur comme constituant, d'après l'appréciation que les juges sont autorisés à en faire, un commencement de preuve par écrit qui leur permet de déférer le serment supplétoire et d'accueillir, soit la preuve testimoniale, soit même les simples présomptions. Ce dernier point, d'abord controversé, est aujourd'hui à l'abri de toute discussion (3).

Il faut observer que lorsque les juges admettent l'acte comme constituant un commencement de preuve écrite, ce qu'ils doivent rechercher dans le complément qu'ils sont autorisés à demander, soit aux témoignages, soit aux simples présomptions, ce n'est point la preuve de la sincérité de la signature, car elle est supposée reconnue ou vérifiée, mais bien la preuve de l'exactitude et de la vérité de la mention contenue dans le corps du billet, en ce qui concerne la somme ou la quantité

(1) DURANTON, T. 13, n° 187. — TOULLIER, T. 8, n° 292.

(2) DURANTON, T. 13, n° 188.

(3) TOULLIER, T. 8, n°s 280, 281, 288, 289, 293, 296; et T. 9, n°s 81 et 82. — DURANTON, T. 13, n°s 189 et suiv. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 666. — MERLIN, Rép., v° *Billet*, § 1. — Cass., 2 juin 1823. SIREY, 23, 1, 294. 1er juill. 1828. SIREY, 29, 1, 199. — 4 fév. 1829. SIREY, 29, 1, 196. — 4 mai 1831. SIREY, 31, 1, 197. — 21 mars 1832. SIREY, 32, 1, 251. — 18 nov. 1834. SIREY, 35, 1, 393. — 6 fév. 1839. SIREY, 39, 1, 289. — 26 fév. 1845. SIREY, 45, 1, 731. — 13 déc. 1853. SIREY, 54, 1, 17.

promise (1), et l'engagement contracté par le signataire en connaissance de cause (2).

29. Le vice résultant de l'omission ou de l'irrégularité du *bon pour* ou de l'*approuvé*, peut être couvert par des faits d'exécution volontaire. Mais ces faits d'exécution doivent être de telle nature qu'ils puissent servir à déterminer la somme ou la quantité promise. Tels sont une exécution totale et complète, un payement d'intérêts correspondant à la totalité de la somme due, une quittance d'à-compte acceptée par le débiteur et représentée en justice, indiquant en même temps le montant de la dette. Mais une exécution partielle est insuffisante, lorsqu'elle n'a pas pour résultat de déterminer le chiffre de l'obligation. Le débiteur peut en effet, sans dénier les faits d'exécution partielle accomplis de sa part, toujours contester, à défaut de *bon pour* ou d'*approuvé* émané de lui, la quotité de la somme ou la quantité énoncée au billet, et soutenir qu'elle est moindre. L'argument de parité, tiré des dispositions de l'article 1325, est donc ici sans aucune espèce de valeur (3).

ARTICLE 1327.

Lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au *bon*, l'obligation est présumée n'être que de la somme moindre, lors même que l'acte, ainsi que le *bon*, sont écrits en entier de la main de celui qui s'est obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur.

Sommaire.

1. Dispositions de l'article 1327.
2. Il admet tous moyens de preuve comme recevables.
3. Il s'applique également au cas où les choses exprimées sont de nature différente.

(1) DURANTON, T. 13, n° 190.
(2) Paris, 24 mai 1855. SIREY, 55, 2, 574.
(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 668. — *Contrà*, TOULLIER, T. 8, n° 302.

COMMENTAIRE.

1. Il peut arriver que la somme exprimée au corps de l'acte soit différente de celle exprimée au *bon;* l'obligation est présumée, dans ce cas, n'être que de la somme moindre (1327). La contradiction qui existe entre les énonciations du billet et celles du *bon pour* établit, en effet, le doute sur le montant de la somme ou la quantité de la chose promise. Or, le doute s'interprète en faveur du débiteur (1162); *semper in obscuris quod minimum est sequimur* (1).

L'article 1327 porte la même disposition pour le cas même où l'acte, ainsi que le *bon,* est écrit en entier de la main de celui qui s'est obligé. On aurait pu alors douter que le *bon pour* ou l'*approuvé* pût être pris en considération, puisqu'il était complètement inutile, le corps du billet étant écrit en entier de la main du souscripteur. Ici encore la loi a entendu lever toute incertitude par une disposition formelle.

Mais remarquons qu'elle n'établit jamais qu'une présomption en faveur de la somme moindre, et que cette présomption peut être détruite par la preuve contraire. L'obligation est donc présumée n'être que de la somme moindre, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur (1327).

2. A cet égard, tous moyens de preuve sont également recevables. Car les énonciations du corps du billet, aussi bien que celles du *bon pour* ou de l'*approuvé,* peuvent être admises comme constituant un commencement de preuve par écrit de la vérité de la somme ou quantité qu'elles expriment. Les juges peuvent donc, dans tous les cas, se déterminer pour la somme ou la quantité la plus forte, non seulement par les indices et présomptions qui résultent de la teneur même du billet ou de la promesse, mais encore par tous les autres éléments de preuve qui naissent des circonstances extrinsèques (2).

Si, par exemple, le corps du billet énonce la cause de la

(1) L. 9, *ff. De reg. jur.*
(2) Toullier, t. 8, n° 297.

dette, on pourra, par la comparaison de la valeur connue des choses indiquées, parvenir à rectifier le chiffre différemment exprimé dans le corps du billet et dans le *bon pour* (1).

De même, si un bordereau des espèces déposées était joint à l'acte de dépôt, la somme due consisterait dans le montant de ces espèces, et non dans le chiffre exprimé à l'acte. Une erreur de calcul y est dans ce cas présumée (2).

3. L'article 1327 est fait spécialement pour le cas où la nature de la chose due étant la même, d'après les expressions du corps de l'acte et celles du *bon pour*, il n'y a de différence que dans les sommes ou quantités différemment énoncées. Il ne s'applique donc pas, du moins dans toute la rigueur de son texte, lorsque le corps du billet et le *bon pour* expriment des choses de nature différente, soit que la quantité indiquée soit ou non la même.

Dans ce cas, le souscripteur du billet ou promesse doit, à son choix, l'une ou l'autre des choses indiquées, quand bien même le corps de l'acte et le *bon pour* seraient en entier écrits de sa main. Le doute résultant de la diversité de leurs énonciations doit en effet s'interpréter en sa faveur, sauf au créancier à établir de quel côté est l'erreur. Jusque-là, la question se résout, sinon par le texte, du moins par l'esprit de l'article 1327.

Mais la diversité des choses exprimées peut exercer une influence décisive sur la formation même du contrat, en empêchant les parties de tomber d'accord. Le créancier et le débiteur pourront alors également prétendre qu'il n'y a pas eu de convention formée, sauf à celui qui en demande l'exécution à établir que la différence des énonciations de l'acte provient d'une erreur, d'une méprise, d'une inadvertance.

(1) POTHIER, *Oblig.*, n[os] 711 et 712.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 713.

Article 1328.

Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire.

Sommaire.

1. Dispositions de l'article 1328.
2. Quels sont les tiers?
3. Hypothèse d'un acte de vente sans date certaine en concours avec une autre vente ayant date certaine.
4. Suite.
5. Hypothèse où l'acte sans date certaine fait foi de sa date contre celui auquel on l'oppose.
6. Motifs des dispositions de l'article 1328.
7. Articles 1743, 1410, 1558.
8. On peut être tour à tour tiers et ayant-cause.
9. Questions de détail. Exemples divers.
10. *Quid*, si l'acte ayant date certaine antérieure est attaqué pour cause de fraude?
11. L'acte sous seing privé sans date certaine ne peut fonder la prescription de dix ou vingt ans,
12. Ni interrompre la prescription, à l'égard des tiers, s'il n'a obtenu date certaine avant qu'elle fût acquise.
13. Espèce concernant un créancier hypothécaire.
14. Doivent être assimilées à un acte privé les déclarations verbales. Exemple.
15. Des actes d'acquiescement à un jugement par défaut.
16. Concours entre subrogés ou cessionnaires.
17. Sont tiers, les opposants à partage,
18. Les créanciers saisissants.
19. Peu importe la nature des droits conférés aux tiers. Exemples.
20. Des conventions ou dispositions résultant de déclarations ou reconnaissances simplement verbales.
21. Le cessionnaire est un tiers,
22. Ainsi que le créancier qui fait une saisie-arrêt ou opposition.
23. Les quittances privées peuvent néanmoins leur être opposées,
24. Mais non les actes de novation et autres analogues.
25. Autres tiers à qui les quittances privées peuvent être opposées.

26. A quelles conditions elles sont opposables.
27. Il est indifférent que les payements aient lieu par anticipation,
28. Ou opèrent une subrogation légale,
29. Ou que l'extinction de la dette résulte de compensation,
30. Ou que la quittance n'exprime pas de date et résulte de la reconnaissance du créancier qui a reçu, sans acte écrit.
31. Sont tiers les héritiers à réserve, agissant en cette qualité.
32. L'héritier bénéficiaire.
33. Si la femme a hypothèque pour ses reprises résultant d'actes sans date certaine,
34. Sauf à elle à établir, si elle est contestée, la sincérité de leurs dates?
35. Sont ayants-cause les créanciers agissant en vertu de l'article 1166,
36. Les créanciers d'un failli,
37. D'un débiteur qui a fait cession de biens,
38. Le mandant et autres dont les biens sont gérés par un tiers.
39. L'article 1328 est inapplicable en cas de mauvaise foi caractérisée de la part du tiers.
40. Il suffit qu'il ait été de bonne foi au moment où il a contracté.
41. La simple connaissance ne constitue pas toujours la mauvaise foi.
42. De quel jour la date devient certaine? Enregistrement.
43. Mort de l'un des signataires.
44. Est insuffisante l'amputation du membre ou la paralysie,
45. Ou la mort de celui qui a écrit l'acte, sans le signer.
46. Relation de la substance de l'acte privé dans un acte public.
47. Qu'entend-on ici par acte public?
48. Des procès-verbaux de scellés et d'inventaire.
49. De la relation dans un acte privé ayant date certaine.
50. L'article 1328 est limitatif. Rejet de diverses circonstances,
51. De la preuve testimoniale, s'il n'y a un écrit ayant date certaine.
52. Il ne s'applique pas aux matières de commerce.
53. Des actes ayant acquis date certaine le même jour. Lequel doit être préféré?
54. Suite.
55. Suite.
56. *Quid*, s'il s'agit d'une somme d'argent saisie et cédée le même jour?
57. De l'identité de date dans certains actes de procédure.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons vu, sous l'article 1322, quels étaient le caractère et la portée de la force probante des actes sous seing privé; nous nous sommes spécialement occupé, sous cet article, de la foi qui leur est due entre les souscripteurs, leurs héritiers et ayants-cause, soit en ce qui concerne la date qu'ils

énoncent, soit en ce qui touche le fait juridique qu'ils constatent. Nous avons à traiter ici de la foi qui leur est due, à l'égard des tiers, quant à la date qu'ils contiennent.

Notre article porte que les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour... où ils ont acquis date certaine par l'un des moyens qu'il indique. Voilà, sous le rapport de leur force probante, une distinction bien marquée entre les tiers et les souscripteurs d'actes privés, leurs héritiers et ayants-cause. Car, à l'égard de ceux-ci, les actes de cette espèce font foi de leur date, au moins jusqu'à preuve contraire.

2. Mais quelles sont les personnes que la loi désigne ici par cette expression de tiers? Ce sont naturellement celles qui ne sont point signataires des actes, ni leurs héritiers ou ayants-cause. Car elle les place en opposition les uns aux autres.

D'autre part, nous avons, sous l'article 1322, indiqué ce que l'on doit entendre par le terme d'ayant-cause. L'ayant-cause, avons-nous dit, est tout successeur particulier qui, en vertu d'un titre onéreux ou gratuit, soit qu'il tienne ses droits d'un testament, d'un contrat ou de la loi, représente, dans l'exercice de ses droits et actions, la personne de son auteur.

S'emparant de cette définition, et lui appliquant une signification absolue; se fondant d'ailleurs sur ces principes élémentaires de droit, que l'on contracte pour soi, ses héritiers ou ayants-cause, et que l'on ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'on n'en a soi-même, M. Toullier (1) a soutenu que l'acte sous signature privée fait foi de sa date, tout comme l'acte authentique, entre toutes personnes qui tiennent leurs droits, fussent-ils contradictoires, d'un auteur commun.

Mais cette opinion a été vivement combattue par les autres auteurs qui ont écrit sur le Code Napoléon (2). Quels qu'aient

(1) T. 8, nos 245 et suiv.; et T. 10, *Additions*.

(2) MERLIN, Quest., v° *Tiers*. — DURANTON, T. 13, nos 132 et suiv. — TROPLONG, *Hyp.*, nos 529 et suiv. — FAVARD, Rép., vis *Acte sous seing privé*. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 674. — BONNIER, n° 569. — MARCADÉ, art. 1328, n° 3.

été ses efforts de discussion, M. Toullier est resté seul de son avis ; et l'on peut dire que cette question relative à la foi due à l'acte sous seing privé, quant à sa date, à l'égard des tiers, est une question aujourd'hui épuisée en doctrine et fixée en jurisprudence. Il nous suffira donc de résumer les principes et d'examiner quelques points de détail.

3. Afin d'être mieux compris, nous commencerons par poser l'hypothèse qui a servi principalement de terrain à la controverse. J'achète, le 1er janvier 1845, un héritage de Paul, par acte qui a date certaine. Plus tard, survient François, qui prétend avoir acquis le même héritage de Paul, par acte sous seing privé, à la date du 15 décembre précédent, mais n'ayant pas de date certaine. Cet acte, dont François est porteur, fera-t-il foi de sa date contre moi, de telle sorte que je doive lui abandonner la propriété que j'ai acquise en vertu d'un titre qui, à la différence du sien, a date certaine? Oui, suivant M. Toullier; non, suivant les autres auteurs, dont nous n'hésitons pas à partager l'opinion. Le premier se fonde sur un argument bien simple ; il fait de François et de moi les deux ayants-cause de Paul, de telle sorte qu'il n'a plus qu'à s'emparer du texte de l'article 1322 pour dire que l'acte sous seing privé, portant la date du 15 décembre, a contre moi la même foi qu'un acte authentique.

Il est vrai et incontestable, sans aucun doute, que l'on doit entendre par ayant-cause tout successeur particulier, sur un objet singulier, déterminé et ne constituant point une universalité juridique. Tels sont ceux qui succèdent à un autre à titre de donation, de vente, d'échange, de bail, etc... Ils sont ayants-cause, parce qu'ils sont, tant activement que passivement, au lieu et place de leur auteur, en ce qui concerne l'objet singulier qu'ils tiennent de lui, et en tant qu'ils sont ses ayants-cause, *in quantum causam habent*, ainsi que l'exprime Dumoulin (1). C'est, en effet, un principe posé par la loi romaine, que celui qui succède au droit ou à la propriété d'un

(1) Sur Paris, art. 5, n° 10.

autre doit en exercer les droits, *qui in jus dominiumve alterius succedit jure ejus uti debet* (1), et que l'obstacle qui existe pour ceux qui ont contracté existe également pour leurs successeurs, *quod ipsis qui contraxerunt obstat et successoribus eorum obstabit* (2).

En ce sens, nous sommes bien, François et moi, les ayants-cause de Paul. Mais voici où commence la confusion : Que nous soyons l'un et l'autre les ayants-cause de Paul, dans nos rapports personnels avec notre auteur, c'est ce qui est évident et incontestable. Mais le sommes-nous également dans nos rapports, l'un vis-à-vis de l'autre? Nullement.

Il est, en effet, manifeste que la contradiction qui existe entre nos titres respectifs fait que nous ne pouvons être simultanément, et pour les droits transmis à chacun de nous, les ayants-cause de la même personne, de notre auteur commun. L'un ne peut l'être qu'à l'exclusion de l'autre. Il y a une sorte d'impénétrabilité de droits qui ne permet pas que nous les occupions en même temps tous deux. C'est donc la question d'ayant-cause qu'il faut décider avant tout, et elle ne peut se décider que par l'antériorité du titre. Car il est clair que l'antériorité du titre établissant la qualité d'ayant-cause, en suite de la transmission opérée, exclut la possibilité de toute transmission utile effectuée ultérieurement, et empêche, conséquemment, celui qui invoque cette transmission ultérieure de se dire activement l'ayant-cause de son auteur à l'encontre de l'autre.

Déterminer la foi due à l'acte sous seing privé et sans date certaine par la qualité d'ayant-cause, c'est donc commencer par présupposer comme constante cette qualité d'ayant-cause qu'il s'agit, au contraire, d'établir ; c'est, en un mot, se renfermer dans un cercle vicieux, et résoudre la question par la question exactement dans ces termes : L'acte sous seing privé de François fait foi de sa date contre moi, parce que nous

(1) L. 177, *ff. De reg. jur.*
(2) L. 143, *ff. De reg. jur.*

sommes, François et moi, les ayants-cause de Paul; ce qui revient à dire, par équation logique, parce que cet acte fait foi de sa date. La pétition de principe est flagrante.

4. Comment doit donc se résoudre la question relative à la qualité d'ayant-cause? Dans ce conflit de titres contradictoires et de prétentions rivales, l'un de nous, vu l'impénétrabilité des droits transmis, ne peut être l'ayant-cause de Paul qu'à l'exclusion de l'autre. Il y a donc lutte entre nous, et, sous ce rapport, nous sommes, l'un à l'égard de l'autre, des tiers, *penitùs extranei,* dans toute la force du mot; car nous sommes parties adverses, précisément en ce qui touche la transmission des droits sur laquelle seule peut reposer la qualité d'ayant-cause. Et vis-à-vis de Paul lui-même, que nous prétendons l'un et l'autre être notre auteur, je suis également un tiers, en ce que j'ai intérêt à repousser les actes censés émanés de sa part, qui pourraient, par leur exécution, anéantir, restreindre ou modifier les droits que je tiens de lui. Je suis enfin tiers à l'égard de tous, pour tout ce qui peut préjudicier au contrat dont je me prévaux.

Si nous sommes tiers, alors vient l'application de l'article 1328 : les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont acquis date certaine. Or, j'ai un acte qui a pour date certaine celle du 1er janvier 1845, tandis que François n'a qu'un acte sans date certaine. L'acte dont il est porteur ne peut donc avoir contre moi la même foi que l'acte authentique. La certitude de date du mien l'emporte sur l'incertitude de celle qu'il invoque. Son titre est présumé antidaté. Je finis donc par l'exclure et par me poser comme seul et exclusif ayant-cause de mon auteur, qui, après une première transmission opérée à mon profit, n'a pu transmettre à d'autres des droits qu'il n'avait plus. Je serai enfin, si l'on veut, activement l'ayant-cause de Paul pour réclamer mes droits et repousser les prétentions de François, *ad petendum et defendendum,* comme il le sera lui-même passivement pour respecter mes droits dont l'antériorité est établie par date certaine.

5. Mais voici un cas où l'acte sous seing privé sans date certaine fait foi néanmoins contre celui auquel on l'oppose. J'achète de Paul un héritage le 1er juillet 1845, par acte authentique ou privé, mais ayant, dans ce dernier cas, date certaine. Jean se présente, qui prétend exercer un droit de servitude; et il produit un acte sous seing privé portant une date antérieure non certaine, par lequel cette servitude est constituée. Mais ce titre est précisément l'acte de vente par lequel Jean a vendu autrefois à Paul l'héritage que celui-ci m'a revendu. Il est évident que je ne puis, dans ce cas, opposer que le titre constitutif de la servitude n'a pas de date certaine, par la double raison que je suis moi-même l'ayant-cause de Jean, à la suite de Paul, et que je ne puis critiquer le titre primitif, qui est le fondement même de mes droits actuels. Et telle est l'autorité de tous les titres qui, bien que sans date certaine, sont communs à plusieurs, et que chacun d'eux est obligé de reconnaître dans leur date et dans leur contenu, puisqu'ils sont tous également forcés de l'invoquer comme source unique et commune des droits qui leur ont été transmis (1).

6. Mais soutenir que l'acte sous seing privé sans date certaine fait foi de sa date apparente vis-à-vis de l'acquéreur porteur d'un titre qui a date certaine, par la raison qu'il fait foi de sa date entre lui et son vendeur, dont il se prétend l'ayant-cause, ainsi que l'autre acquéreur; cette doctrine a de quoi effrayer par ses dangereuses conséquences.

Elle détruit, en effet, toute sécurité dans les contrats, en favorisant la fraude, si facile, des antidates. Et n'est-ce pas pour écarter ce péril que le législateur a voulu que les actes sous seing privé ne fissent foi de leur date contre les tiers que du jour où leur date serait devenue certaine par l'un des moyens qu'il indique? « Déclarer en principe, disait M. Jaubert dans son rapport au tribunat, que les actes sous seing privé n'ont point de date contre les tiers, n'est-ce pas compromettre, en

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 530. — Merlin, Quest., v° *Tiers*. — Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 351.

certains cas, les intérêts des hommes de bonne foi qui n'ont pas exigé un acte public, ou parce qu'ils n'y ont pas songé, ou parce qu'ils n'ont pas voulu en faire les frais? Cependant, ce dernier inconvénient est moindre que celui qui résulterait du système contraire. La crainte des excès dans lesquels l'intérêt personnel entraîne certains hommes a dû déterminer le législateur. Au reste, les contractants seront avertis; c'est à eux à prendre leurs précautions. C'est donc avec une grande sagesse que le projet a rappelé cette ancienne règle, que les actes sous seing privé n'ont pas par eux seuls de date certaine contre les tiers. »

7. Les dispositions de l'article 1743, relatives à l'expulsion du fermier ou locataire par l'acquéreur, ne font que contenir elles-mêmes l'application de ces principes au cas particulier de bail (1) En vain M. Toullier y voit-il (2) une exception fondée sur la nature spéciale des droits conférés par le contrat de louage. Quels qu'ils soient, il n'en est pas moins vrai que le bailleur, après avoir loué sa chose et transmis sur elle, à ce titre, certains droits, ne peut, en l'aliénant, transférer à l'acquéreur plus de droits qu'il n'en avait conservé. Si donc le preneur ou locataire peut être expulsé, à défaut de bail ayant date certaine, ce ne peut être que parce que le bail qu'il invoque ne fait pas foi de sa date envers le tiers acquéreur.

Nous retrouvons une application du même principe dans l'article 684, C. pr., qui porte que les baux qui n'auront pas acquis date certaine avant le commandement en saisie immobilière pourront être annulés si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent.

Les articles 1410 et 1558 concernant les dettes personnelles de la femme et antérieures au mariage nous en fournissent également l'application à l'égard du mari. Nous remarque-

(1) TROPLONG, *Hyp.*, n° 533; et *Louage*, n° 503. — MERLIN, *ibid.* — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 674, nte 91.

(2) T. 8, n° 248.

rons, toutefois, que la jurisprudence est sur ce point moins difficile, quant à la preuve de l'antériorité de ces dettes (1).

8. Que si, maintenant, on nous demande ce que l'on doit entendre ici par tiers, nous répondrons que, pour la saine application des articles 1322 et 1328, il convient de considérer comme tels tous ceux qui, n'ayant point été parties à l'acte sous seing privé, exercent en leur propre nom des droits personnels ou réels, soit que la loi les leur confère elle-même, ou qu'ils les tiennent d'une convention ou d'une disposition faite par l'une des parties qui ont souscrit l'acte, lesquels droits seraient annulés, restreints ou modifiés d'une manière quelconque par l'exécution de l'acte qu'on leur oppose, s'il faisait foi de sa date envers eux.

Mais sans cesser d'être considérés comme tiers sous ce rapport, ils sont néanmoins en même temps ayants-cause, soit activement, lorsqu'ils exercent ces droits du chef de leur auteur, soit passivement, lorsqu'ils sont obligés de respecter les droits invoqués par d'autres à leur encontre. Il importe même peu, pour l'existence de cette qualité passive d'ayants-cause, que les tiers qui sont en débat avec eux prétendent, sans contester l'efficacité de leur titre personnel, que leur auteur n'avait pas les droits qu'ils veulent exercer de son chef, ou qu'ils soutiennent, au contraire, en contestant l'efficacité de leur titre par rapport à eux, que les droits qu'ils entendent personnellement exercer leur ont été régulièrement transmis, par le même auteur commun, en vertu d'un titre antérieur.

Ainsi, la même personne est tour à tour considérée comme tiers ou comme ayant-cause, suivant le point auquel on se place pour examiner sa situation. Et chacune de ces qualités correspond aux diverses faces sous lesquelles elle doit être envisagée.

9. Nous devons maintenant signaler, en entrant dans les

(1) TROPLONG, *Contrat de mariage*, nos 775 et suiv., et 3465.

questions de détail, quelques-unes des principales conséquences que la jurisprudence et la doctrine ont déduites de ce principe, que l'acte sous seing privé ne fait foi de sa date contre les tiers que du jour où il a acquis date certaine.

Celui qui prétend exercer un droit d'usage ou d'usufruit (1), une servitude, un droit réel quelconque, en vertu d'un acte privé sans date certaine, ne peut le faire au préjudice du tiers acquéreur dont le titre a acquis une date certaine antérieure.

Le tiers porteur d'un acte privé par lequel des droits quelconques lui ont été cédés sur les biens donnés à un autre, ne peut l'opposer au donataire, s'il n'a une date certaine antérieure à la donation (2), quand bien même la donation comprendrait tous les biens présents, et qu'elle eût été faite à la charge de payer les dettes du donateur (3), à moins qu'elle n'eût été faite en fraude des droits du créancier qui, dans ce cas, pourrait en poursuivre la révocation, conformément à l'article 1167 (4).

L'acquéreur d'un héritage est également un tiers par rapport aux actes sous seing privé sans date certaine, par lesquels le vendeur aurait, en apparence antérieurement à la vente, renoncé à l'exercice d'une servitude active, ou interrompu par sa seule reconnaissance la prescription d'une servitude passive opérée au moyen du non usage. De pareils actes ne peuvent être opposés par les tiers, sauf à eux à invoquer, s'il y a lieu, abstraction faite de ces titres, des faits de possession suffisante pour interrompre la prescription de la servitude passive, ou un non usage suffisant pour éteindre la servitude active.

(1) MERLIN, *ibid.* — DURANTON, T. 13, n° 137.

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 675. — Grenoble, 9 mai 1833. SIREY, 33, 2, 506.

(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 344. — DURANTON, T. 8, n° 473. — GRENIER, *Donat.*, T. 1, n° 87. — TOULLIER, T. 5, n° 818. — Agen, 14 nov. 1812. SIREY, 13, 2, 164.

(4) Voy. Bordeaux, 19 nov. 1836. SIREY, 37, 2, 481.

Le créancier hypothécaire ou antichrésiste exercera également son hypothèque ou son antichrèse sur l'immeuble affecté, bien qu'un tiers se présente porteur d'un acte sous seing privé sans date certaine, duquel il apparaît que cet immeuble lui a été vendu antérieurement à la constitution de l'hypothèque ou de l'antichrèse (1).

10. Nous venons de réserver aux tiers, en fraude des droits desquels une donation a été faite, le droit d'en poursuivre la révocation, conformément à l'article 1167. Ce n'est pas que, dans ce cas, le donataire puisse être considéré comme l'ayant-cause du donateur; mais c'est uniquement parce que la fraude, qui passe toutes les règles ordinaires du droit, donne ouverture à l'action paulienne. Le donataire, s'il est complice de la fraude, ne pourra donc opposer aux tiers porteurs de titres sans date certaine, qu'ils ne prouvent pas que ces titres sont antérieurs à l'acte de donation prétendu frauduleux (2).

Mais, hors ce cas, qui n'est qu'une exception fondée sur les règles particulières à la fraude, le donataire, même d'une universalité de biens, est un tiers par tous les actes privés sans date certaine émanés du donateur, et dont l'effet serait, s'ils étaient exécutés contre lui, de porter atteinte à l'étendue et à l'irrévocabilité de ses droits (3).

Ce principe est également applicable, lorsqu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux. Les tiers porteurs d'actes sous seing privé sans date certaine peuvent les faire prévaloir, en établissant que leur adversaire a participé à la fraude sur laquelle ils fondent leur action en révocation.

11. Celui à qui l'on oppose un acte sous seing privé comme fondement de la prescription de dix ou vingt ans avec bonne

(1) MERLIN, *ibid.* — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 677. — TROPLONG, *Hyp.*, n°s 529 et suiv. — GRENIER, *Hyp.*, T. 2, n° 354. — DURANTON, T. 13, n° 138. — *Contrà*, TOULLIER, T. 8, n° 247.

(2) Voy. 1167, n° 22.

(3) Nancy, 14 fév. 1828. SIREY, 29, 2, 192. — Angers, 20 fév. 1829. SIREY, 29, 2, 205.

foi, est un tiers contre lequel l'acte ne fait point foi de sa date, si elle n'est certaine. Sa date apparente, quoique jointe à la possession, ne peut servir à fixer le point de départ de la prescription, sauf à celui qui invoque le titre à joindre sa possession à celle de son auteur (1), afin d'acquérir par elle la prescription dont il entend se prévaloir.

12. Comme on peut déguiser une renonciation à une prescription acquise sous la forme d'une reconnaissance interruptive antidatée, cette reconnaissance ne vaut, à l'égard des tiers, que tout autant qu'elle a une date certaine antérieure à l'accomplissement de la prescription. Et par tiers nous entendons ici tous ceux qui, aux termes de l'article 2225, peuvent, comme intéressés, opposer la prescription, encore que le débiteur y renonce. Tels sont les codébiteurs solidaires, les garants et les cautions.

13. Une maison est indivise entre Antoine et Frédéric Villète. Le 30 juin 1790, Frédéric cède sa portion à Antoine, par acte sous seing privé. Le 2 mai 1792, les deux frères vendent conjointement cette maison à Devielles. Plus tard l'acquéreur est poursuivi comme tiers détenteur par la veuve d'Antoine, qui prétend exercer son hypothèque légale sur la totalité de la maison. Arrêt (2) qui en restreint l'exercice sur la moitié appartenant à son mari, parce que la vente qu'elle invoque n'a pas date certaine à l'égard du dernier acquéreur (3).

Ainsi, le créancier hypothécaire ne peut, en ce qui touche l'exercice de son hypothèque, se prévaloir contre un tiers acquéreur des actes sous seing privé que son débiteur lui-même ne pourrait opposer à ce dernier.

14. Il convient d'assimiler à un acte sous seing privé sans date certaine les simples déclarations verbales qui auraient

(1) TROPLONG, *Prescript.*, n° 913. — DURANTON, T. 13, n° 112. — VAZEILLE, *Prescript.*, n° 494. — *Contrà*, TOULLIER, T. 8, n° 239.
(2) Cass., 20 fév. 1827. SIREY, 27, 1, 138.
(3) TROPLONG, *Hyp.*, n° 536.

pour effet d'établir une convention ou tout autre fait juridique dont l'existence, si elle était régulièrement établie, préjudicierait aux droits des tiers.

Par exemple, un héritier vend la totalité d'un immeuble indivis à un tiers par acte sous seing privé sans date certaine. Plus tard l'autre héritier vend sa portion indivise à une autre personne, par acte ayant date certaine. Le premier acquéreur ne pourra opposer au second la déclaration faite sous la foi du serment par l'auteur de celui-ci qu'il avait consenti, sans y concourir expressément dans l'acte, à la première vente qui avait été faite de la totalité de la chose. Cette déclaration verbale ne saurait avoir plus d'effet qu'un écrit sous seing privé qui aurait pour objet de constater cette vente (1).

15. Tous jugements par défaut rendus contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué seront exécutés dans les six mois de leur obtention, sinon seront réputés non avenus. Telles sont les dispositions de l'article 156, C. pr. Cependant, comme cette péremption de droit n'a été introduite qu'en considération de l'ignorance et de la bonne foi possibles de la partie condamnée, elle peut valablement y renoncer. Elle peut donc acquiescer au jugement, non seulement dans les six mois de son obtention, afin d'éviter l'éclat et les frais d'une poursuite rigoureuse en exécution, mais encore après l'expiration de ce délai de six mois, et faire ainsi revivre la condamnation prononcée contre elle, comme si elle avait été régulièrement exécutée. Elle ne fait alors, dans tous les cas, que renoncer à une péremption de droit introduite en sa faveur, et donner à la décision rendue un acquiescement que l'équité, la bonne foi et son intérêt bien entendu déterminent le plus souvent de sa part.

Vainement objecterait-on que cette renonciation à la péremption a pour conséquence de faire revivre un jugement réputé non avenu; qu'en conséquence des hypothèques seront

(1) Bastia, 24 juin 1833. Dalloz, 33, 2, 188.

prises, bien moins en vertu de ce jugement que de la volonté seule de la partie condamnée qui acquiesce; qu'en réalité cet acquiescement crée une hypothèque judiciaire sur ses biens présents et à venir, et fait ainsi ce qu'un jugement régulièrement rendu et toujours subsistant pourrait seul opérer. Cette objection est outrée. Ce n'est pas, en effet, l'acte d'acquiescement ou de renonciation à la péremption qui constitue l'hypothèque judiciaire; c'est le jugement, c'est le titre primitif qui est censé avoir toujours eu, à l'égard de la partie condamnée, force et autorité, par suite d'une renonciation aux causes d'extinction qui, si elles avaient été opposées, devaient le faire réputer non avenu. Il faut donc ne pas considérer ici les conséquences, mais seulement le principe. Or, le principe est que la loi ne défend point de renoncer à un droit introduit en faveur de celui qui renonce (1).

Ainsi se passent les choses à l'égard de la partie condamnée, et l'on voit que sa renonciation à la péremption du jugement par défaut produit, par rapport à elle, les mêmes effets que la renonciation à la prescription accomplie.

Mais en est-il de même à l'égard des tiers? Il est d'abord incontestable que le créancier qui a obtenu un jugement par défaut ne peut se prévaloir, envers les autres créanciers du débiteur, de l'acquiescement donné par celui-ci par acte sous seing privé qui n'a acquis date certaine qu'après l'expiration des six mois de l'obtention du jugement. Ils sont tiers, et, en cette qualité, ils ont intérêt et droit à faire déclarer périmée la décision rendue, à défaut d'exécution dans les six mois, nonobstant l'acte d'acquiescement qui, n'ayant point de date certaine, ne fait pas foi de sa date à leur égard (2). Si donc une

(1) Boncenne, *Procédure civile*, t. 3, pag. 59. — Nancy, 15 fév. 1831. Sirey, 31, 2, 179. — Toulouse, 28 janv. 1831. Sirey, 31, 2, 326. — *Contrà*, Metz, 26 mai 1819. Sirey, 19, 2, 324.

(2) Merlin, Rép., v° *Péremption*. — Toullier, t. 8, n° 252. — Boncenne, *Procédure civile*, t. 3, pag. 59. — Cass., 10 nov. 1817. Sirey, 18, 1, 121. — 22 juin 1818. Sirey, 19, 1, 111. — 2 août 1826. Sirey, 27, 1, 121.

hypothèque a été prise en vertu de ce jugement, réputé non avenu en ce qui les concerne, ils pourront la faire déclarer de nul effet et valeur.

On doit même considérer ici comme tiers tous ceux au préjudice desquels la partie condamnée a renoncé à la péremption, et qui, à ce titre de parties lésées, ont intérêt, sans que même aucun droit spécial leur ait été conféré, à ce que le jugement soit réputé non avenu. Ils peuvent, en conséquence, opposer de leur chef la péremption, encore que la partie condamnée y ait personnellement renoncé.

Mais s'il est vrai, ainsi que le dit la Cour de cassation (1), que les créanciers d'un débiteur commun soient entre eux des tiers qui, aux termes de la loi, peuvent réciproquement s'opposer les vices de leurs titres, alors même que le débiteur y renoncerait ou n'en exciperait pas, ne convient-il pas, cependant, de distinguer entre ceux qui étaient déjà créanciers lorsque l'acte de renonciation à la péremption acquise n'a obtenu date certaine, à leur égard, qu'après l'expiration du délai de six mois, et ceux qui ne sont, au contraire, devenus créanciers qu'à une date postérieure? Quant à ces derniers, ne peut-on pas dire que l'acquiescement donné par le débiteur, soit avant, soit après l'expiration des six mois, le rend non recevable à opposer plus tard la péremption ; que les tiers qui contractent avec lui après que cet acquiescement a acquis date certaine, à quelque époque que ce soit, ne peuvent pas plus en critiquer l'efficacité qu'il ne le pourrait lui-même; que le jugement valant à son égard, par l'effet de sa renonciation, comme contradictoire, doit avoir la même valeur à l'égard des tiers, auxquels il n'a pu conférer plus de droits qu'il n'en avait conservé; qu'il n'est pas exact de prétendre, dans une semblable hypothèse, que sa renonciation à la péremption ait eu lieu à leur préjudice, puisque, à l'époque où des droits leur ont été conférés, elle avait déjà acquis une date certaine antérieure, tandis, au contraire, que s'ils étaient néanmoins admis à opposer la pé-

(1) 6 avril 1840. Sirey, 40, 1, 843.

remption du jugement, malgré l'acquiescement donné par la partie condamnée, ce serait aux droits antérieurement acquis qu'il serait porté préjudice, contrairement à toutes les règles de droit et d'équité (1).

Mais cette distinction a été formellement repoussée par la Cour de cassation, qui déclare que, pour que l'acquiescement de la partie condamnée puisse conserver aux jugements rendus par défaut, non exécutés dans les six mois, la vie et l'autorité judiciaire, il faut qu'il intervienne dans le même délai; qu'après l'expiration des six mois, l'acquiescement est tardif et ne peut faire revivre le jugement par défaut, qui, faute d'exécution dans les délais de la loi, se trouve frappé d'une nullité absolue et radicale (2); que peu importe que les inscriptions prises par les créanciers qui opposent la péremption du jugement soient antérieures ou postérieures à l'enregistrement de l'acquiescement, puisqu'il est constant que déjà le jugement auquel cet acquiescement s'applique était anéanti, faute d'exécution dans les six mois (3).

Et, par application de ce principe, elle a décidé (4) que la péremption du jugement par défaut pouvait être opposée par le créancier hypothécaire dont le titre de créance est postérieur à l'époque où l'acte d'acquiescement, émané de la partie condamnée, a acquis, à l'égard des tiers, date certaine, lorsque cette époque est postérieure elle-même à l'expiration du délai de six mois, bien que l'acte sous seing privé constatant l'acquiescement porte une date antérieure à l'expiration de ce terme. En un mot, cet acquiescement tardif, à l'égard des tiers, ne peut leur être opposé et n'a aucune valeur par rapport à eux, de telle sorte que l'inscription prise par le créancier, en vertu du jugement acquiescé, ne saurait être validée, même au préjudice de créanciers postérieurs.

(1) Reynaud, *De la péremption*, n° 159. — Chauveau, sur Carré, *Quest.* 651.
(2) Cass., 6 avril 1840. Sirey, 40, 1, 843
(3) Cass., 18 juin 1845. Sirey, 45, 1, 832.
(4) Cass., 18 juin 1845. Sirey, 45, 1, 832.

D'autre part, cependant, la même Cour a décidé (1) que l'on devait considérer non comme tiers, mais comme ayant-cause, tenu en cette qualité de reconnaître la validité de l'acte d'acquiescement, l'acquéreur auquel la partie condamnée a vendu, à une époque où cet acte avait acquis date certaine, les immeubles sur lesquels le créancier avait pris inscription, tant en vertu du jugement par défaut que de l'acte d'acquiescement, bien que cet acte n'ait acquis date certaine qu'après l'expiration des six mois de l'obtention du jugement. En conséquence, l'acquéreur ne peut se prévaloir de la péremption prétendue acquise, et l'immeuble reste grevé dans ses mains de l'hypothèque judiciaire.

En présence de ces deux décisions de la Cour suprême, nous nous demandons si elle a entendu établir une distinction entre les simples créanciers et les tiers acquéreurs, ou même si ce dernier arrêt du 21 juillet 1846 n'est pas un retour à la distinction, que nous avons indiquée plus haut, entre ceux qui ont acquis des droits à une époque antérieure ou postérieure à celle où l'acte de renonciation à la péremption a acquis date certaine. Nous inclinons volontiers vers cette dernière opinion; car nous ne comprenons guère comment un acquéreur serait un ayant-cause, et un créancier serait un tiers, alors que les droits conférés à l'un et à l'autre sont postérieurs à la date, devenue certaine, de l'acte d'acquiescement.

16. En cas de concours entre subrogés successifs, ou de subrogés avec des cessionnaires, des délégataires ou des opposants, la préférence se détermine par l'antériorité des actes. Nous avons déjà vu comment (2).

17. Les créanciers exerçant les droits qu'ils tiennent de la loi contre leur débiteur, sont également des tiers par rapport à ceux qui prétendraient leur opposer, comme émanés de celui-ci, des actes privés sans date certaine, qui auraient pour

(1) 21 juill. 1846. Sirey, 46, 1, 679.
(2) 1250, nos 36 et suiv.

résultat de paralyser ou de compromettre l'exercice de leurs droits.

Si donc des copartageants produisaient un acte de partage sans date certaine, les créanciers qui ont déjà formé opposition, conformément à l'article 882, pourraient le repousser comme ne faisant point foi de sa date à leur égard. Ils sont en effet des tiers, et, en formant opposition, ils exercent un droit propre qu'ils tiennent de la loi seule. Autrement, rien ne serait plus facile pour les copartageants que d'éluder l'opposition des créanciers, en antidatant le partage (1).

18. Tels sont encore les créanciers saisissants. Ainsi, on ne peut opposer au créancier qui fait pratiquer une saisie mobilière ou immobilière sur les biens de son débiteur, les actes sans date certaine par lesquels celui-ci aurait aliéné en faveur d'autres personnes tout ou partie des immeubles ou meubles compris dans la saisie. L'incertitude de date suffit seule pour l'autoriser à les repousser, sans qu'il ait besoin de les attaquer comme simulés ou frauduleux. Les seuls actes qui lui soient opposables sont ceux qui ont acquis date certaine avant le procès-verbal de saisie-exécution, ou la transcription de la saisie immobilière (686, C. pr.) (2).

Nous remarquerons seulement que si les auteurs indiquent la dénonciation de la saisie immobilière et non sa transcription, comme étant l'époque à laquelle les actes émanés du débiteur doivent avoir acquis date certaine, c'est que l'article 686, C. pr., a modifié, en 1841, l'ancien article 692.

Pareillement, le fermier ou locataire qui a payé par anticipation les fermages ou loyers des immeubles saisis, ne peut opposer ce payement aux créanciers du bailleur, lorsqu'il est constaté par un acte qui n'a acquis date certaine que posté-

(1) CHABOT, art. 882. — DURANTON, T. 7, n° 511. — DELVINCOURT, T. 2, pag. 372. — MERLIN, Quest., v° *Tiers*, § 2.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 715. — MERLIN, *ibid.* — DURANTON, T. 13, n° 134. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 677.

rieurement à la transcription de la saisie qui a immobilisé les fruits des immeubles (685, C. pr.) (1).

De même enfin, les baux qui n'ont pas acquis date certaine avant le commandement en saisie immobilière peuvent être annulés sur la demande des créanciers ou de l'adjudicataire (684, C. pr.).

M. Toullier (2) partage cette opinion, en se fondant sur ce que les créanciers saisissants tiennent leurs droits de la loi et ne sont point les ayants-cause du saisi. Mais ceci n'est vrai qu'en partie. Car, ainsi que le fait remarquer M. Merlin (3), si la loi règle le droit de poursuite, il n'en est pas moins vrai que ce droit dérive d'une obligation contractée par le débiteur et de l'engagement de tous ses biens à son exécution. A ce titre, le saisissant est bien l'ayant-cause de son débiteur; mais il commence à être tiers aussitôt qu'on lui oppose, comme émanés de ce dernier, des actes privés sans date certaine contre les conséquences desquels il entend protéger ses droits particuliers.

Cette observation doit même être généralisée et rendue commune à tout créancier qui exerçant une poursuite, conformément à la loi, tient néanmoins au fond ses droits d'un contrat, d'une disposition ou de tout autre acte émané de son débiteur. Sous ce rapport, il ne cesse pas d'en être l'ayant-cause.

Au surplus, si, en cas de saisie-exécution, l'acquéreur de tout ou partie des meubles saisis ne peut opposer au saisissant l'acte de vente consenti en sa faveur, s'il n'a date certaine antérieure au procès-verbal de saisie, c'est uniquement au cas où il n'a pas été mis en possession réelle. Car, s'il en avait reçu de bonne foi la délivrance, il aurait droit de les retenir, en vertu de ce principe, qu'en fait de meubles possession vaut titre (2279). Ce que nous disons de l'acquéreur, nous l'appliquons au créancier gagiste.

(1) Cass., 22 fév. 1854. Sirey, 54, 1, 692.
(2) T. 8, n° 251.
(3) Quest., v° *Tiers*, *ibid*.

19. On voit par les divers exemples que nous venons de rapporter, que la nature des droits conférés par l'acte sous seing privé sans date certaine, est absolument indifférente pour l'application de l'article 1328. Il suffit qu'ils soient en opposition et en contradiction avec ceux qui ont été transmis à d'autres par un titre ayant une date constante. Ces derniers puisent dans leur intérêt même le droit de critiquer la date apparente et incertaine de l'acte dont on excipe contre eux, et de se renfermer, en qualité de tiers, dans le principe rigoureux et absolu posé par l'article 1328.

Ainsi, une transaction sur l'étendue du droit de propriété, une convention de bornage, alors même qu'elles seraient intervenues sur des difficultés sérieuses entre les parties, ne peuvent être opposées, si elles n'ont point date certaine, au tiers acquéreur porteur d'un titre dont la date est authentique ou autrement constante. Il est admis, en qualité de tiers, à les repousser comme apportant des restrictions, des modifications dans l'exercice et dans l'étendue des droits qui lui ont été conférés. Pour qu'elles lui fussent opposables, il faudrait, en effet, qu'elles fussent légalement émanées de son auteur, c'est-à-dire antérieurement à l'aliénation consentie en sa faveur. Or, à défaut d'une date certaine, cette preuve est impossible. Dans ce conflit de prétentions opposées, la préférence est donc due à l'antériorité du titre incontestablement établie.

20. Si les conventions ou dispositions dont nous avons supposé l'existence, au lieu d'être établies par un acte sous seing privé sans date certaine, ne l'étaient que par les allégations et la reconnaissance de l'auteur commun des parties, alors même que ces déclarations fussent reçues à titre de témoignage, ces conventions ou dispositions, disons-nous, ne sauraient être opposées à celui qui invoque un acte ayant date certaine. Car, en les supposant rédigées par écrit, à la date qu'on leur assigne verbalement, elles devraient encore être écartées; à plus forte raison, doivent-elles l'être quand la preuve de leur existence

repose tout entière sur des allégations, et qu'elles n'ont aucun caractère de certitude légale envers les tiers, ni dans leur date, ni même dans leur réalité.

Tel serait encore le cas où dans une contestation élevée entre deux propriétaires sur les limites respectives de leurs héritages, l'auteur de l'un deux viendrait déposer comme témoin qu'avant la vente il était convenu verbalement avec son voisin de telle délimitation. Une semblable convention de bornage, fût-elle écrite, n'obligerait point l'acquéreur, à défaut d'une date certaine antérieure à son acquisition. Elle ne saurait, étant simplement verbale, non plus lui être opposée. Il pourra donc, nonobstant cette convention prétendue, réclamer l'étendue que donnent à son héritage, soit les titres, soit la prescription.

Remarquons, toutefois, qu'il ne faut point confondre cette hypothèse avec celle où le vendeur, précédent propriétaire, serait appelé à déposer sur des faits de possession et de jouissance acquisitifs ou interruptifs de la prescription. Dans ce cas, sa déposition vaudrait comme témoignage, non pas sur l'existence d'une convention verbale et sans date envers les tiers, mais seulement sur des faits matériels capables de fonder l'acquisition d'un droit. Et alors, si une convention sans date certaine est produite, elle peut, à titre de renseignements, servir à caractériser ces faits de possession et de jouissance.

21. Poursuivons notre examen de quelques questions de détail.

Les auteurs et les arrêts ne sont point d'accord sur la question de savoir si le cessionnaire est tiers ou ayant-cause par rapport au créancier cédant, délégant ou subrogeant. Les uns prétendent qu'il est ayant-cause (1); les autres, au contraire, et en plus grand nombre, soutiennent qu'il est tiers (2). Nous

(1) Lyon, 24 déc. 1823. Sirey, 25, 2, 149. — Bordeaux, 26 juin 1840. Sirey. 41, 2, 53. — Limoges, 17 août 1841. Sirey, 42, 2, 313.

(2) Duranton, t. 16, n° 504. — Troplong, *Vente*, t. 2, n° 920; et

n'hésitons point, quant à nous, à admettre cette dernière opinion. Et voici notre seul argument.

S'il est incontestable aujourd'hui que l'acquéreur d'un immeuble ou d'un meuble corporel est un tiers envers ceux qui invoquent, en opposition et en contradiction avec son titre, un acte sans date certaine, on doit, par les mêmes raisons, considérer comme tiers le cessionnaire d'une créance ou de tout autre objet incorporel. Qu'importe la nature de la chose qui a fait le sujet de l'aliénation? La qualité de la personne à laquelle elle a été transmise en est indépendante. Car, si les dispositions de l'article 1328 sont fondées sur la nécessité de protéger la bonne foi des successeurs à titre particulier, contre les antidates frauduleuses, si faciles dans les actes sous seing privé, il est évident que là où les mêmes dangers existent, il convient d'introduire la même protection. Autrement, le cessionnaire serait exposé à toutes les fraudes que la loi a voulu prévenir et déjouer, si l'on pouvait lui opposer les actes sous seing privé sans date certaine, par lesquels les parties qui les ont souscrits auraient traité sur les droits qui forment l'objet de la cession, à une date en apparence antérieure à l'époque où il en aurait été lui-même régulièrement saisi.

22. La même question a été soulevée à l'égard des créanciers qui pratiquent une saisie-arrêt ou opposition. En général, on les considère comme ayants-cause du saisi, et non comme des tiers, à l'égard du tiers-saisi (1). Nous pensons, au contraire, qu'ils sont plus exactement des tiers.

Hyp., n° 535. — DUVERGIER, *Vente*, t. 2, n° 224. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 676, n^te 97. — Cass., 26 nov. 1834. SIREY, 35, 1, 109. — 23 août 1841. SIREY, 41, 1, 756. — Rouen, 31 mai 1843. SIREY, 43, 2, 355.

(1) DURANTON, t. 13, n° 133. — TOULLIER, t. 8, n° 251. — FAVARD, Rép., v^is *Acte sous seing privé*, § 4, n° 1. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 1967. — Cass., 14 nov. 1836. SIREY, 36, 1, 893. — Bourges, 3 fév. 1836. SIREY, 37, 2, 11. — Toulouse, 7 déc. 1838. SIREY, 39, 2, 225. — 5 juin 1840. SIREY, 40, 2, 310. — Aix, 8 janv. 1841. SIREY, 41, 2, 339. — Cass., 8 nov. 1842. SIREY, 42, 1, 929. — Toulouse, 5 juin 1851. SIREY, 51, 2, 369.

Le créancier qui fait une saisie-arrêt est sans doute l'ayant-cause du débiteur saisi, en tant qu'il exerce les droits de ce dernier; mais il exerce en même temps un droit qu'il tient de la loi et qui lui appartient en propre. En ce sens, il est véritablement tiers, puisqu'il est intéressé à assurer l'efficacité de sa poursuite contre les actes émanés du débiteur qui pourraient y porter atteinte. Pourquoi, d'ailleurs, établir une différence entre celui qui fait une saisie-arrêt, et celui qui pratique une saisie-exécution? Si ce dernier est incontestablement un tiers auquel on ne peut opposer les actes qui n'ont point une date certaine antérieure au procès-verbal de saisie-exécution, le premier doit également et par les mêmes raisons être considéré comme tiers, par rapport aux actes émanés du débiteur saisi, et qui n'ont point acquis date certaine antérieurement à la dénonciation de la saisie-arrêt. La saisie-arrêt n'est, en effet, qu'un mode de saisie-exécution approprié à la nature de la chose sur laquelle la poursuite s'exerce. Mais, au fond, elle tend, comme celle-ci, à la réalisation du gage et au payement du créancier saisissant. Il s'ensuit donc, de ce que ce dernier est un tiers, qu'on ne peut lui opposer, par exemple, les actes sans date certaine antérieure à l'opposition par lesquels le tiers-saisi prétendrait avoir fait novation ou obtenu remise de tout ou partie de la dette (1).

S'il devait, au contraire, être considéré comme ayant-cause du saisi, de pareils actes, quelle qu'en soit la nature, lui seraient indistinctement opposables comme émanés de son auteur.

23. Il semble, d'ailleurs, que l'on n'a en général considéré dans la doctrine et dans la jurisprudence le créancier qui pratique une saisie-arrêt comme ayant-cause du débiteur saisi, que pour valider les payements dont se prévaut le tiers-saisi, bien qu'ils ne soient point constatés par des actes ayant date certaine antérieure. Nous acceptons très volontiers ces déci-

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 678, n[te] 103.

sions, et nous dirons bientôt sur quelles raisons elles doivent, suivant nous, être fondées.

D'autre part, et par une exception que rien ne semble justifier au point de vue où l'on s'est placé, il est généralement reconnu que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire, bien que par rapport à lui il soit un tiers, les quittances émanées du cédant, quoiqu'elles n'aient point acquis date certaine avant la signification du transport, ou son acceptation par acte authentique. Nous souscrivons encore à ces décisions, mais sans cesser, néanmoins, de considérer le cessionnaire comme tiers.

Quant aux auteurs et aux arrêts qui réputent les cessionnaires ou opposants ayants-cause du cédant ou du débiteur saisi, il est tout simple qu'ils reconnaissent au débiteur cédé ou au tiers-saisi le droit d'opposer les quittances dont ils sont porteurs, alors même qu'elles n'ont point acquis date certaine avant la signification ou l'acceptation de la cession, ou avant la dénonciation de la saisie-arrêt. C'est là une conséquence toute naturelle de la qualité d'ayant-cause attribuée au cessionnaire ou au saisissant. Pour ceux qui les considèrent, au contraire, comme tiers, la logique veut, si la solution de la question doit être subordonnée à l'appréciation de cette seule qualité de tiers, que les quittances sans date certaine ne puissent jamais leur être opposées.

Mais l'application rigoureuse de ces principes, s'ils étaient, en réalité, aussi absolus qu'ils le paraissent, amènerait une déplorable perturbation dans les relations de la vie civile. Comme on n'est pas dans l'habitude de retirer, quand on paye, des quittances authentiques, que l'on se contente d'écrits privés qui n'acquièrent pas toujours à temps date certaine, et auxquels on songe plus rarement encore à en conférer une au moyen de l'enregistrement, les débiteurs seraient exposés au danger de payer deux fois, et livrés sans défense et sans protection à toutes les fraudes que leurs créanciers pourraient commettre à leur préjudice. A-t-il été dans la pensée du législateur de les sacrifier à la sécurité des tiers? Nous ne le pen-

sons point. La loi a-t-elle pourvu à leurs intérêts? Nous répondons que oui, et nous expliquerons bientôt comment.

Nous croyons ne pas nous tromper en disant que c'est surtout le désir d'échapper aux inconvénients graves qui résulteraient, dans la pratique, d'une opinion contraire, qui a déterminé quelques arrêts à considérer les cessionnaires comme des ayants-cause. Mais ce n'est là, suivant nous, qu'éluder une difficulté par la violation des principes de droit. Aussi quelques auteurs, touchés de cette raison d'inconvénients, bien qu'ils ne cessent point de considérer le cessionnaire comme tiers, accordent-ils au débiteur cédé le droit de lui opposer les quittances délivrées par le cédant, quoiqu'elles n'aient point acquis date certaine avant la signification ou l'acceptation du transport, en réservant toutefois aux tribunaux la faculté d'apprécier, suivant les circonstances, la sincérité de la date apparente. La question devient ainsi, suivant eux, plutôt de fait que de droit, puisque la sincérité des quittances produites dépend de l'appréciation discrétionnaire que le juge est appelé à faire des diverses circonstances de la cause (1).

D'autres auteurs pensent enfin que le débiteur peut opposer au cessionnaire les quittances sous seing privé sans date certaine, pourvu qu'il le fasse incontinent et dès l'instant de la signification (2). Mais ce tempérament apporté à la rigueur du droit est trop ou trop peu; trop, car si les dispositions de l'article 1328 doivent recevoir ici leur application absolue, il en contient la violation manifeste; trop peu, car si elles laissent place à l'appréciation des circonstances, la production des quittances dès l'instant de la signification du transport, outre qu'elle n'est pas toujours possible, n'est point la seule circonstance qui établisse la sincérité de l'acte. Il conviendrait, en

(1) DURANTON, T. 16, n° 504. — DUVERGIER, *Vente*, T. 2, n° 224. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 558; et T. 5, pag. 675. — MARCADÉ, art. 1328, n° 5.

(2) FERRIÈRE, *Paris*, art. 104, § 1, n° 25.—BOURJON, T. 1, pag. 466, n° 10. — TROPLONG, *Vente*, n° 920. — DELVINCOURT, T. 3, pag. 170. — BONNIER, n° 570.

effet, d'assimiler à une production instantanée celle qui serait faite à une époque si rapprochée de la notification du transport et dans des circonstances telles qu'il serait impossible de supposer une antidate frauduleuse. Cette restriction, fondée sur l'équité, est donc encore trop étroite, et nous trouvons dans son principe même le motif et la nécessité de son extension. Mais nous devons chercher ailleurs la solution de notre question.

La véritable raison qui autorise le débiteur cédé à opposer au cessionnaire des quittances sans date certaine, se trouve, suivant nous, dans les dispositions de l'article 1240. Le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable. Or, lorsque le débiteur paye entre les mains de son créancier, il fait plus que payer entre les mains du possesseur de la créance, puisqu'il paye entre les mains de celui qui en est propriétaire. Que l'on suppose un instant que le débiteur ait payé sa dette à celui qui, sans être véritablement propriétaire, est seulement en possession de la créance, il pourra se prévaloir de ce payement effectué de bonne foi contre le créancier véritable et contre tous autres qui seraient, à un titre quelconque, aux droits de ce dernier. A plus forte raison, a-t-il le droit d'invoquer l'article 1240, lorsque c'est au créancier lui-même qu'il a payé.

Prétendrait-on que cet article sous-entend les dispositions de l'article 1328, et que le débiteur ne peut opposer le payement qu'il a fait de bonne foi, que tout autant qu'il est constaté par un acte ayant acquis date certaine antérieurement à la réclamation du véritable créancier? Ce serait ajouter aux termes de la loi, contrairement même à son esprit. Elle n'exige qu'une seule chose, que le payement soit fait de bonne foi au possesseur de la créance. Or, cette question de bonne foi est une pure question de fait, dont la solution est abandonnée à l'appréciation souveraine des tribunaux, suivant les circonstances. Si cette question est la seule qu'il convienne de vérifier, à l'égard du véritable créancier qui réclame plus tard son payement, elle est aussi la seule qu'il y ait à résoudre

envers ceux qui se présentent comme étant à ses droits, en qualité de cessionnaires ou de saisissants. N'oublions point, en effet, que la cause de la libération est favorable, et que c'est sur cette faveur due au payement que sont fondées les dispositions de l'article 1240.

A plus forte raison, les payements faits de bonne foi par le débiteur entre les mains du cédant seraient-ils opposables au cessionnaire, bien qu'ils ne fussent pas constatés par acte ayant date certaine, si la cession portait, même en termes généraux, que le cessionnaire doit souffrir la déduction de toutes quittances légitimes.

24. Mais nous devons présenter quelques observations pour compléter et expliquer en même temps notre théorie. En fondant sur l'article 1240 le droit du débiteur d'opposer au cessionnaire les quittances émanées du cédant, quoiqu'elles n'aient point date certaine, nous le limitons par cela même au cas où un véritable payement a été fait. Si nous n'en faisons point une question dont la solution dépende de la qualité soit de tiers ou d'ayant-cause, nous la subordonnons exclusivement à la nature et au caractère de l'acte. Il ne pourra donc, ainsi que nous l'avons déjà dit, opposer au cessionnaire une remise totale ou partielle de la dette, ni un acte de novation, s'ils n'ont acquis date certaine. Cependant, si un payement avait été fait en conséquence de la novation, il pourrait s'en prévaloir. L'article 1240 redevient alors applicable.

25. Ce que nous disons du cessionnaire s'applique, par les mêmes raisons, au donataire d'une créance déterminée (1), au créancier qui a reçu une créance en gage, au mari quant aux apports de sa femme, enfin aux créanciers opposants ou saisissants.

L'article 573, C. pr., fournit même un argument contre ces derniers. La déclaration faite par le tiers-saisi doit, en effet,

(1) *Contrà*, Troplong, *Hyp.*, n° 536. — Nîmes, 11 fév. 1822. Sirey, 23, 2, 135.

énoncer les causes et le montant de la dette, les payements à compte, si aucuns ont été faits, l'acte ou les causes de la libération. Si ces énonciations sont exigées, ce ne peut être que parce que le tiers-saisi peut opposer aux saisissants les faits qu'elles relatent. Mais alors pourquoi placerait-on les autres parties, qui sont également des tiers, sur une autre ligne que les créanciers saisissants ou opposants?

26. Cependant, quand nous disons que les quittances sans date certaine peuvent leur être opposées, nonobstant leur qualité de tiers, nous ne voulons point prétendre que ces quittances, par cela seul qu'elles établissent un payement à une date non certaine, mais en apparence antérieure, puissent être opposées avec une efficacité invariable et absolue aux tiers dont elles tendent à annuler, restreindre ou modifier les droits, ni que ceux-ci soient obligés de les reconnaître comme faisant foi contre eux, tant qu'ils n'ont pas prouvé qu'elles sont frauduleuses. Non, elles ne leur sont pas opposables avec ce degré d'autorité absolue, comme elles le seraient envers des ayants-cause. Mais elles le sont, à la charge par celui qui s'en prévaut, d'établir, par les circonstances de la cause, qu'elles ne sont point antidatées, et que la date qu'elles expriment est parfaitement sincère.

Ainsi se concilient, suivant nous, les articles 1240 et 1328. Les tiers ne sont point tenus, en cette qualité, comme le seraient des ayants-cause, d'accepter comme faisant foi contre eux, des quittances sans date certaine; mais celui qui les invoque peut en établir la sincérité par toutes les circonstances propres à la démontrer, et il doit commencer par faire cette preuve; ce dont il serait dispensé s'il avait affaire à des ayants-cause véritables.

Tel nous paraît être le sens qu'il convient de donner à l'arrêt de la Cour suprême du 23 août 1841 (1), qui, reconnaissant expressément la qualité de tiers au cessionnaire, et lui déniant

(1) Sirey, 41, 1, 756.

celle d'ayant-cause dans le sens de l'article 1322, casse l'arrêt de la Cour de Paris, comme violant les articles 1315 et 1328, pour n'avoir décidé que l'acte sous seing privé, sans date certaine, contenant, de la part du créancier, quittance ou décharge du débiteur cédé, devait faire foi de sa date contre le cessionnaire, qu'en le réputant ayant-cause du cédant. On voit que la Cour de cassation réserve avec soin le cas où la Cour de Paris se serait prononcée sur la sincérité de la date de l'acte sous seing privé, en se fondant, non sur la qualité du cessionnaire, considéré à tort comme ayant-cause, mais sur les diverses circonstances du procès.

C'est ainsi encore qu'elle reconnaît aux tribunaux le droit de décider que les payements sont antérieurs à la saisie-arrêt, en appréciant les faits et circonstances de la cause et les actes produits (1). Il est à remarquer que, dans ce dernier arrêt du 5 août 1839, elle évite avec soin de se prononcer sur la qualité prétendue d'ayants-cause des saisissants ou opposants, qualité qu'elle leur avait expressément attribuée par un précédent arrêt (2).

27. Il importe peu, au surplus, que les quittances sous seing privé sans date certaine mentionnent des payements faits par anticipation ou seulement après l'exigibilité de la dette. Le débiteur peut également s'en prévaloir en justifiant de la sincérité de la date, sauf aux tiers à les attaquer pour cause de fraude (3).

Il en est de même des quittances de loyers ou fermages que le preneur oppose à l'acquéreur, à l'adjudicataire ou au donataire des immeubles que l'auteur de ceux-ci lui a affermés (4), quand même les payements auraient été effectués par antici-

(1) Cass., 5 août 1839. Sirey, 39, 1, 952.

(2) 14 nov. 1836. Sirey, 36, 1, 893.

(3) Zachariæ, t. 5, pag. 678.

(4) Zachariæ, t. 5, pag. 676.—Toullier, t. 8, nº 254.—Troplong, *Louage*, nº 327.—Duvergier, *Louage*, nºs 464 et suiv. —Turin, 26 fév. 1812. Sirey, 13, 2, 45. — Besançon, 15 fév. 1827. Sirey, 27, 2, 138.

pation (1), sauf aux parties intéressées à les attaquer pour cause de fraude, et aux créanciers hypothécaires à se prévaloir, en cette qualité, des droits qu'ils ont à l'immobilisation des fruits.

Le sous-locataire peut enfin opposer au propriétaire les quittances sans date certaine émanées de son sous-bailleur (2), bien que le propriétaire, en qualité de bailleur originaire, ait contre lui une action directe, et que les payements faits par anticipation ne puissent lui être opposés (1753).

28. C'est en conséquence de ce principe, que les quittances sous seing privé sans date certaine sont opposables aux tiers, que nous avons décidé (3) que celui qui se trouve dans un cas de subrogation légale peut se prévaloir du payement qu'il a fait, pour exercer lui-même, à l'encontre des tiers, les droits que lui donne cette subrogation, dont la cause est inhérente au fait même du payement.

29. Il convient d'assimiler ici à un payement effectif, soit qu'il ait été l'objet d'une imputation expresse, ou qu'il en faille déterminer la portée suivant les règles de l'imputation légale, tout acte de compensation légale ou facultative, laquelle tient lieu d'un payement réel, alors même que le concours des éléments nécessaires pour opérer la compensation ne résulterait pas de titres ayant acquis date certaine, et quelle que soit d'ailleurs la nature de ces titres.

En effet, si la partie qui s'en prévaut produisait une quittance résultant soit d'un règlement de compte, soit d'une compensation simplement facultative, elle pourrait se prétendre valablement libérée à due concurrence, en établissant, d'après les faits de la cause, l'absence de toute antidate frauduleuse. Comment n'aurait-elle pas le même droit, lorsque, s'agissant d'une compensation légale et de plein droit, c'est la loi elle-même qui lui donne quittance?

(1) TOULLIER, *ibid.*
(2) TROPLONG, *Louage*, n° 543.
(3) Voy. 1250, n° 36.

Ainsi, en cas de cession d'une créance sur le capital de laquelle les intérêts usurairement perçus s'imputent, par voie de réduction, au fur et à mesure de chaque perception, le débiteur cédé pourra opposer au cessionnaire les quittances, même sans date certaine, des intérêts usuraires. Telles sont les conséquences incontestables de la nouvelle loi sur l'usure du 19 décembre 1850.

30. Il est indifférent que la quittance sous seing privé, que le débiteur oppose, par exemple, aux tiers opposants, exprime une date ou n'en exprime aucune, puisque la date qu'elle énoncerait n'aurait d'ailleurs aucun caractère de certitude légale. Il suffit, dès lors, que son antériorité soit constante, d'après l'appréciation des circonstances de la cause (1).

Il s'ensuit que la production d'une quittance n'est même pas nécessaire, et que, à part toute circonstance de fraude, les payements sont opposables, alors même qu'ils ne sont constatés par aucune quittance en forme, si leur existence est d'ailleurs régulièrement établie, soit par la reconnaissance et l'aveu de celui qui les a reçus, soit par la preuve que le débiteur en administre par témoins ou par présomptions, avec ou sans commencement de preuve par écrit. Car si le débiteur peut se prévaloir des payements qu'il a effectués, ce n'est pas à raison de la nature de la preuve, mais seulement par suite du caractère de l'acte de libération qu'il invoque en sa faveur. Le mode de preuve est donc indifférent, pourvu qu'après tout elle soit légalement administrée, et qu'il n'y ait au fond ni dol ni fraude.

31. On doit encore ranger dans la classe des tiers l'héritier de l'une des parties qui ont souscrit un acte sous seing privé, lorsque, agissant en vertu d'un droit propre, quoique dépendant de sa qualité d'héritier, par exemple, comme ayant droit à la réserve, il attaque l'acte comme contenant des avantages excédant la portion disponible (2). En tant qu'il poursuit la

(1) Riom, 25 fév. 1845. Sirey, 46, 2, 19.
(2) Cass., 6 fév. 1838. Sirey, 38, 1, 108.

fraude faite à sa réserve légale, il exerce un droit propre et doit être considéré comme tiers.

Ainsi, un acte de vente sous seing privé entre futurs conjoints, mais n'ayant point acquis date certaine avant la célébration du mariage, ne fait pas foi de sa date à l'égard de leurs héritiers réservataires. Ils sont des tiers, en ce qui concerne l'exercice des droits que leur réserve l'article 1595, et, conséquemment, ils sont recevables à attaquer comme contenant des avantages indirects, les actes faits dans ce but par les époux, sans que ces actes puissent leur être opposés comme faisant foi contre eux de la sincérité de leur date (1).

32. L'héritier bénéficiaire, créancier de la succession, doit enfin être considéré lui-même comme tiers par rapport aux actes sous seing privé émanés de son auteur. Telle est la conséquence de la séparation des patrimoines que produit le bénéfice d'inventaire (2).

33. On s'est demandé si la femme mariée ayant hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, à compter du jour de l'obligation ou de la vente, pouvait, dans l'exercice de son hypothèque légale, opposer aux tiers la date, quoique non certaine, des actes qui fondent son recours en indemnité. Si cette question doit être résolue par la seule qualité de tiers ou d'ayant-cause, il est de toute évidence que la femme mariée ne peut se prévaloir de la date énoncée dans de pareils actes sous seing privé et sans date constante, au préjudice, soit des autres créanciers hypothécaires qui contestent l'antériorité de son recours, soit des tiers acquéreurs ou détenteurs qu'elle entend poursuivre hypothécairement. Ils sont, en effet, des tiers par rapport à elle, et non les ayants-cause de son mari avec lequel ils ont contracté, puisqu'ils sont intéressés à défendre les droits qui leur ont été conférés contre les actes que ce

(1) Cass., 31 janv. 1837. SIREY, 37, 1, 533.
(2) Cass., 22 juin 1818. SIREY, 19, 1, 111.

dernier a pu consentir à leur préjudice. Si donc on se place à ce point de vue exclusivement de la qualité de tiers ou d'ayant-cause, on arrive à cette conséquence nécessaire, que la femme mariée n'a d'hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari et pour le remploi de ses propres aliénés, du moins à l'égard des tiers, que du jour où les actes d'obligation ou de vente ont acquis contre ces derniers date certaine par l'un des moyens indiqués par l'article 1328. Il s'ensuivrait encore qu'aucun rang hypothécaire ne pourrait lui être assigné, tant que les actes, qui donnent naissance à son hypothèque, n'auraient point acquis date certaine, et même qu'elle ne pourrait jamais en réclamer aucune, avec efficacité, contre les tiers, lorsque l'obligation et la vente n'étant point constatées par écrit, la preuve n'en serait administrée que par témoignages, présomptions ou reconnaissances verbales.

Toute la question est donc de savoir si l'article 1328 pose un principe applicable à tous les actes sous seing privé. Or, il n'y déroge point quant à l'hypothèque de la femme, et l'on ne peut introduire pour ce cas une exception qui n'est point écrite dans la loi. Telle est la décision de la Cour de cassation (1), qui a cassé l'arrêt de Paris que nous citons plus loin.

Il a cependant paru impossible que la loi ait entendu consacrer un pareil résultat. En accordant à la femme une hypothèque légale, dispensée même d'inscription, elle a en effet, dit-on, voulu la protéger contre sa propre faiblesse. Comme elle est placée sous la puissance et l'autorité de son mari, elle est présumée ne pas avoir la liberté de choisir entre les divers modes d'établir les engagements qu'elle contracte dans un intérêt qui n'est pas le sien. Elle est en même temps censée ne point avoir la faculté de donner aux actes sous seing privé qui les constatent, une date certaine par la formalité de l'enre-

(1) 5 fév. 1851. Sirey, 51, 1, 192. — Agen, 21 mars 1851. Sirey, 52, 2, 221. — Rouen, 24 mars 1852. Sirey, 52, 2, 535. — Douai, 29 janv. 1857. Sirey, 57, 2, 401.

gistrement. L'application rigoureuse et absolue de l'art. 1328 serait donc en contradiction avec l'esprit de la loi, qui s'est constamment appliquée à entourer les femmes mariées d'une protection toute particulière, à raison de leur faiblesse et de leur dépendance. En outre de ces raisons, on ajoute que l'article 2135, dont les termes généraux repoussent d'ailleurs toute distinction, semble ainsi consacrer une exception aux dispositions de l'article 1328, à l'égard des femmes mariées; que cette exception se fonde uniquement sur la faveur qui leur est due, sur la nature des engagements qu'elles ont contractés et le caractère du recours qu'elles ont à exercer, sans que son efficacité puisse dépendre de formalités qu'elles sont censées ne pas avoir eu la faculté de remplir. Elles sont donc recevables à exercer, au préjudice des tiers, nonobstant leur qualité de tiers, leur hypothèque légale pour indemnité des dettes ou remploi des propres, du jour de l'obligation ou de la vente, soit que la preuve en résulte d'actes authentiques, ou d'actes sous seing privé ayant acquis ou non date certaine, soit enfin que la preuve en soit administrée seulement au moyen de témoignages, de présomptions, de déclarations et reconnaissances verbales (1).

Et si des tiers se trouvaient, à un titre quelconque, subrogés aux droits de la femme, ils les feraient valoir comme elle, sans être astreints à l'accomplissement d'aucunes formalités particulières (2).

Malgré ces raisons, qui ne sont point sans force, nous persistons à penser que l'article 2135 doit se combiner avec l'article 1328, et que les tiers peuvent se prévaloir du défaut de date certaine, pour contester le rang ou le droit hypothécaire que la femme ou son subrogé réclame.

Que si, néanmoins, et cette observation nous paraît importante, la femme avait été victime, de la part de son mari, d'un

(1) Duranton, t. 20, n° 34. Il semble du moins le supposer. — Paris, 31 juill. 1847. Sirey, 47, 2, 483. — Orléans, 24 mai 1848. Sirey, 50, 2, 145.

(2) Paris, 31 juill. 1847. Sirey, 47, 2, 483.

dol et d'une fraude caractérisés, à l'occasion de l'acte sans date certaine pour lequel elle réclame une indemnité, dans ce cas elle pourrait se prévaloir de son hypothèque légale du jour de cet acte. Alors, en effet, elle a droit, non plus à une indemnité proprement dite, mais à de véritables dommages et intérêts pour délit ou quasi-délit.

34. Les tiers au préjudice desquels la femme prétend exercer son hypothèque légale, ne sont donc point tenus de reconnaître la date apparente des actes qu'elle invoque contre eux et qui n'ont point acquis date certaine. Ils peuvent en contester la certitude; et, aussitôt qu'une semblable contestation est soulevée, il ne suffira pas à la femme de prouver que la date est sincère, au moyen des titres produits, des faits et des circonstances de la cause, sauf aux adversaires à attaquer les actes eux-mêmes pour cause de dol et de fraude. Sous ce rapport, la situation de la femme est, vis-à-vis des tiers, différente de celle qu'elle aurait si elle avait affaire à de véritables ayants-cause. Car ceux-ci seraient tenus, en cette qualité, d'accepter comme sincère la date des actes qui leur seraient opposés.

Il s'ensuit que, si elle prétendait exercer son hypothèque, pour indemnité de dettes contractées avec son mari, sur des immeubles vendus par ce dernier à un tiers, et que l'acte d'obligation aussi bien que l'acte de vente n'eût point acquis date certaine, le tiers acquéreur ni elle-même ne pourraient établir, à l'encontre l'un de l'autre, l'antériorité de leur titre par les diverses circonstances de la cause. Dans ce cas, en effet, l'acte invoqué par elle, n'ayant point une date constante, n'établit point par lui-même de priorité en sa faveur, contre le tiers dont le titre semblable n'a pas une plus grande autorité.

35. Nous avons vu que, dans certains cas et sous certains rapports, les créanciers étaient tiers et non ayants-cause du débiteur. Mais la qualité de tiers ne saurait leur appartenir

que lorsqu'ils exercent sur le gage de leurs créances les droits, soit réels, soit personnels, qu'ils tiennent de leur débiteur ou de la loi. Ils cessent d'être tiers et sont, dans toute la force du mot, des ayants-cause, lorsque, au lieu d'agir en leur nom propre et privé, ils ne font qu'exercer les droits de leur débiteur, en son nom et à sa place, conformément à l'article 1166. Les actes sous seing privé émanés de ce dernier font alors également foi contre eux.

36. Tels sont les créanciers d'une personne tombée en faillite. Le jugement qui déclare la faillite dessaisit, en effet, seulement le failli de l'administration de ses biens et en saisit la masse des créanciers, sans leur conférer contre les tiers qui ont, avant la faillite, traité de bonne foi avec le failli, aucun droit qu'en leur qualité de créanciers ils n'auraient pas acquis auparavant. Lors donc qu'ils n'attaquent point comme frauduleux les actes sous seing privé faits par le failli avant la déclaration de sa faillite, et qu'ils n'excipent d'aucun droit antérieur, personnel ou réel, qui leur appartienne en propre et distinctement de ceux de leur débiteur, dans ce cas ils agissent simplement comme représentants et ayants-cause du failli, dont ils se bornent à exercer les droits et actions par le ministère des syndics. En cette qualité d'ayants-cause, ils ne peuvent opposer aux tiers qui ont traité avec le failli avant sa faillite, aucun défaut de date certaine dont ce dernier n'aurait point été lui-même recevable à se prévaloir (1).

Ainsi sont opposables à la masse des créanciers, quoiqu'ils n'aient point acquis date certaine avant la déclaration de faillite, les actes sous seing privé faits sans fraude par le failli et par lesquels il a, par exemple, rétrocédé à un tiers un immeuble dont il s'était rendu adjudicataire (2), cédé ses droits héréditaires dans une succession (3), accordé dispense de

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 677.
(2) Cass., 15 juin 1843. Sirey, 43, 1, 467.
(3) Cass., 15 juin 1843. Sirey, 43, 1, 471.

protêt ou de dénonciation de protêt (1), fait novation de sa créance, accordé terme pour le payement, fait remise totale ou partielle, reconnu le payement de tout ou partie de la dette et donné quittance.

Par application du même principe, on doit admettre dans les faillites à concourir au concordat et aux distributions tous les créanciers légitimes et sincères, sans distinction entre ceux qui sont ou ne sont pas porteurs de titres ayant une date certaine antérieure à la faillite (2). Et la même règle s'applique aux distributions civiles en suite de saisie (3).

37. En cas de cession de biens volontaire ou judiciaire, les créanciers du cédant sont également ses ayants-cause. Les actes sous seing privé passés avec lui leur sont en conséquence opposables, bien qu'ils n'aient point acquis date certaine avant la cession. Les créanciers représentent en effet, dans ce cas, la personne du cédant, en tant qu'ils n'agissent point en leur nom propre et personnel et qu'ils n'exercent aucuns droits, soit personnels, soit réels, distincts de ceux de leur débiteur et qui leur appartiennent particulièrement.

Mais si, indépendamment de leur qualité générale de créanciers du cédant, ils font valoir des droits particuliers quelconques, en leur nom personnel, alors ils sont de véritables tiers, et les actes sous seing privé émanés de leur débiteur n'ont point de date à leur égard, s'ils n'ont acquis date certaine avant l'acquisition des droits qui leur ont été conférés.

38. Quant aux actes faits sans fraude et en leur qualité par un mandataire conventionnel ou par un administrateur légal, tel qu'un mari, un tuteur, ils font foi de leur date contre le mandant, contre la femme, contre le pupille, bien qu'ils n'aient acquis date certaine que depuis la révocation du mandat, la séparation de biens, la dissolution du mariage arrivée par le

(1) Cass., 4 juill. 1854. Sirey, 1854, 1, 469.
(2) Duranton, t. 13, n° 140.
(3) Duranton, t. 13, n° 141.

prédécès de la femme, ou la cessation de la tutelle arrivée par la mort ou la majorité du pupille (1). Il appartient alors au mandant ou autres dont les biens ont été gérés à établir que l'acte sous seing privé qu'on lui oppose a été frauduleusement antidaté. Car, jusqu'à preuve contraire, il est présumé véritable.

Il n'en est pas autrement des actes faits par celui que le mandataire se serait substitué dans sa gestion, ou par le mandataire du mari, du tuteur ou autre administrateur légal.

39. Si les actes sous seing privé sans date certaine ne sont point opposables aux tiers, ce n'est que sous la condition qu'ils ont contracté de bonne foi, sans dol ni fraude, dans l'ignorance des actes antérieurs qui, contenant aliénation et transmission de certains droits de la part de leur auteur, l'avaient mis dans l'impossibilité de leur transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Ce principe ressort, indépendamment des règles générales d'équité qui président toujours à la théorie des obligations, du but particulier que le législateur s'est proposé en édictant l'article 1328.

La loi a voulu en effet, au moyen de ses dispositions, protéger la bonne foi des tiers contre le danger des antidates frauduleuses, qu'il est si facile de commettre dans des actes sous seing privé passés après coup. Mais lorsque le tiers a contracté frauduleusement, de mauvaise foi, en connaissance de l'acte privé antérieur dont on se prévaut plus tard contre lui, comme s'il avait, à son égard, acquis date certaine; lorsqu'il a su, par exemple, que son auteur avait déjà vendu à un autre la même chose dont il lui a plus tard consenti aliénation, vainement il prétendra, dans ce cas, demeurer propriétaire, à l'exclusion du précédent acquéreur, sous le seul prétexte

(1) Zachariæ, t. 3, pag. 135, n[te] 12, et t. 5, pag. 679. — Troplong, *Mandat*, n° 763. — Cass., 28 nov. 1833. Sirey, 33, 1, 830. — 19 nov. 1834. Sirey, 35, 1, 666. — Paris, 7 janv. 1834. Sirey, 34, 2, 239. — Bourges, 17 mai 1842. Sirey, 43, 2, 100. — Cass., 13 mars 1854. Sirey, 54, 1, 529.

que son titre a une date certaine antérieure. Il ne pourra invoquer la protection de l'article 1328, parce qu'elle n'est pas due au dol, ni à la fraude.

Ainsi repoussé, à raison de sa mauvaise foi, par le premier acquéreur, il n'aura qu'à s'en prendre à lui-même de l'inefficacité de son contrat et du dommage qu'il en éprouve, pour l'avoir volontairement encouru, en connaissance de cause. Comment, en effet, pourrait-il prétendre que l'acte dont se prévaut son adversaire n'a pas de date vis-à-vis de lui, alors que la connaissance personnelle qu'il en a eue équivaut, à son égard, à une certitude relative de date antérieure?

Tel est le cas où j'achète une propriété, sachant que mon vendeur a consenti précédemment, par acte privé, une servitude en faveur de son voisin; le sachant, par exemple, pour avoir vu, lu, conseillé, rédigé l'acte qui la constitue, soit pour avoir réglé quelque différend à l'occasion de son exercice, soit pour l'avoir exercée ou soufferte moi-même, en qualité de fermier du fonds dominant ou du fonds servant. Je ne pourrai prétendre que l'acte ne fait pas foi de sa date à mon égard. Du moins, le tiers pourra me répliquer par la preuve de ma fraude et de ma mauvaise foi.

Le porteur d'un acte sous seing privé sans date certaine pourra donc, pour échapper à l'application de l'article 1328, offrir la preuve de faits qui constitueraient son adversaire en état de dol et de fraude (1). Et, outre les éléments ordinaires d'une notoriété non équivoque, tels que la possession et la jouissance publique, souvent la nature même des droits concédés, la position des parties, leurs rapports, les diverses circonstances de la cause suffiront pour établir la mauvaise foi et la fraude. Ce n'est pas que l'acte soit censé acquérir date certaine, et, si l'article 1328 cesse d'être applicable, c'est uniquement à raison des principes généraux et supérieurs d'équité et de bonne foi.

Mais quand nous parlons ici de mauvaise foi, nous entendons

(1) Agen, 12 mai 1830. Sirey, 33, 2, 110.

une mauvaise foi caractérisée, participant du dol et de la fraude proprement dits. A la différence des cas ordinaires, la simple connaissance ne suffira pas toujours pour constituer le tiers en état de mauvaise foi, si, à ce premier élément, ne vient se joindre une intention frauduleusement calculée. Pour que l'application de l'article 1328 cesse à son égard, il faut donc que le tiers non seulement ait connu, sans incertitude et sans équivoque, l'existence de l'acte antérieur sous seing privé, mais encore qu'il ait eu, en contractant, précisément la pensée de frauder les droits précédemment concédés à un autre (1).

Ainsi, en cas de bail sous seing privé sans date certaine, le preneur ne peut opposer à l'acquéreur qui prétend l'expulser, qu'il connaissait, en achetant la chose louée, l'existence du bail, s'il ne s'est engagé par la vente à le respecter (2). L'acquéreur a pu légitimement croire que le vendeur, en ne stipulant pas le maintien du bail, s'engageait lui-même à faire sortir le preneur, sauf indemnité; il a pu ensuite, quoique connaissant le fait d'occupation de celui-ci, ignorer les clauses du bail quant à sa durée et les autres conditions de son existence, et le considérer, dès lors, comme fait seulement pour le temps de durée ordinaire d'un bail verbal. Mais si le tiers acquéreur, contractant en parfaite connaissance, s'était rendu coupable d'une collusion dolosive et d'un concert frauduleux, le preneur devrait être maintenu en possession, quoique son titre n'eût point acquis date certaine.

40. Il suffit, au surplus, que la bonne foi du tiers ait existé au moment où il a contracté. Il importe peu qu'il ait appris plus tard l'existence d'un acte antérieur qui aurait transmis à un autre des droits en contradiction et en opposition avec les siens. Il peut néanmoins, malgré cette connaissance ultérieurement acquise, se prévaloir des dispositions de l'article 1328, comme s'il avait été constamment de la plus entière bonne

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 681. — Grenoble, 9 mai 1833. SIREY, 33, 2, 506. — Nîmes, 27 mai 1840. SIREY, 40, 2, 495.
(2) Douai, 11 août 1837. SIREY, 38, 2, 106.

foi. Car, au moment où il contractait, sa bonne foi était parfaite, et, de cet instant, la protection de notre article lui était assurée.

Je me fais consentir une hypothèque ; j'apprends plus tard que l'immeuble affecté a été antérieurement vendu par acte sous seing privé ; cependant, je prends inscription. Mon hypothèque est valable (1).

J'achète un immeuble le 1er janvier, par acte sous seing privé ; deux jours après, j'apprends qu'un tiers s'en dit aussi acquéreur, en vertu d'un acte de même nature. Je m'empresse de faire enregistrer le mien, pour m'assurer la priorité de date. Je suis dès lors préférable, tant à raison de l'antériorité de mon titre qu'à raison de ma bonne foi au moment de la vente.

Mais il y aurait fraude de ma part si, apprenant, avant de contracter, l'existence d'un contrat antérieur passé avec un tiers, j'antidatais mon acte de manière à faire croire que, à cette fausse date, j'étais en état de bonne foi. Mon adversaire pourrait et devrait en même temps établir cette antidate frauduleuse. Car, ne pouvant invoquer en sa faveur l'antériorité légale du titre, puisque nous supposons que le sien n'a pas acquis date certaine, il ne peut repousser mes prétentions qu'en prouvant ma fraude et ma mauvaise foi, abstraction faite de l'époque où mon titre a acquis date certaine.

41. Nous avons déjà dit que la mauvaise foi ordinaire, c'est-à-dire la simple connaissance d'un acte privé antérieur, ne suffisait pas toujours pour autoriser une exception à l'application de l'article 1328, contre les tiers qui avaient stipulé des droits qu'ils savaient avoir été déjà transmis à d'autres par leur auteur, si cette mauvaise foi de leur part ne présentait les caractères du dol et de la fraude. Cette observation est d'une vérité plus sensible, lorsque l'acquisition ou la transmission des droits, dont se prévaut la partie qui invoque un acte antérieur, est soumise à l'accomplissement de certaines

(1) Cass., 27 mai 1823. Sirey, 23, 1, 279.

formalités particulières. Il n'y a même, dans ce cas, aucune distinction à faire entre les actes authentiques et les actes sous seing privé ayant ou non date certaine. La question de préférence entre les contestants ne se décide point alors par la seule antériorité du titre, mais bien par la priorité de la saisine qui est subordonnée à l'observation des formes prescrites.

Ces observations s'appliquent particulièrement au transport des créances. Le cessionnaire n'est, en effet, saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ou par son acceptation du transport dans un acte authentique. Les tiers intéressés ne peuvent donc prétendre, pour priver le cessionnaire qui a fait accepter ou signifier la cession, du bénéfice de la saisine légale, qu'il connaissait au moment du transport à lui consenti l'existence d'une cession antérieure au profit d'un autre. Cette circonstance est insuffisante pour saisir celui-ci de la créance, et suppléer à son égard la signification ou l'acceptation de son transport, qui seules peuvent le rendre efficace envers les tiers. Jusque-là, le premier cessionnaire étant sans droit acquis, la cession est réputée non avenue à leur égard. Comment, dès lors, pourrait-on prétendre que la loi répute de mauvaise foi le second cessionnaire, par cela seul qu'il a connu d'une manière ou d'une autre un acte antérieur de cession qui, n'ayant point reçu sa perfection légale, est aux yeux de la loi même censé inexistant (1)?

Cependant, si la simple connaissance indirectement acquise du transport ne constitue point par elle-même le second cessionnaire en état de mauvaise foi, et ne le fait point déchoir de la priorité de sa saisine, ce n'est que tout autant que les faits et circonstances de la cause n'établissent point de sa part une fraude caractérisée. S'il y a fraude, dans ce cas les tribunaux peuvent, pour indemniser les tiers du dommage qu'elle leur causerait, le priver du bénéfice de la cession faite en sa fa-

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 901. — DURANTON, T. 16, n° 499. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 555. — Douai, 11 fév. 1845. SIREY, 45, 2, 375.

veur (1). La simple mauvaise foi, qui est la connaissance, nous paraît ainsi insuffisante (2), et nous exigeons qu'elle ait un caractère marqué de dol et de fraude ; ce qui est subordonné à l'appréciation des circonstances.

42. Nous devons maintenant indiquer comment et de quel jour les actes sous seing privé acquièrent date certaine.

Ils ont date certaine, porte l'article 1328, du jour où ils ont été enregistrés ; du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits ; ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire.

Nous allons présenter quelques observations sur chacun de ces trois moyens.

Quant à l'enregistrement, point de difficulté. Nous ferons même remarquer que cette circonstance se confond, sous quelque rapport, avec la relation dans un acte public de la substance des actes sous seing privé.

43. On comprend sans peine comment la mort d'un ou de plusieurs des signataires de l'acte lui fait acquérir date certaine. Il est évident que, du jour de son événement, elle rend toute antidate impossible.

Il importe peu que le signataire décédé ait figuré dans l'acte comme partie contractante, ou seulement comme témoin ou conseil, sans y être personnellement intéressé. La loi, en exigeant le décès de celui ou de l'un de ceux qui l'ont souscrit, ne s'inquiète nullement de la qualité en laquelle ils ont apposé leur signature. L'antidate est d'ailleurs, dans tous les cas, également impossible (3).

Il doit en être ainsi même au cas où la signature n'aurait été mise par un tiers étranger que comme une sorte de visa,

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 555. — TROPLONG, *Vente*, n° 900. — Cass., 5 mars 1838. SIREY, 38, 1, 630. — 25 janv. 1842. SIREY, 42, 1, 982.
(2) *Contrà*, DUVERGIER, *Vente*, n°s 208 et suiv.
(3) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 680.—Cass., 8 mai 1827. SIREY, 27, 1, 453.

précisément en vue de conférer, le cas échéant, date certaine à l'acte.

La date devient certaine par la mort de l'un des signataires, alors même qu'il n'existerait pas sur les registres de l'état civil un acte de décès régulier, et qu'il y aurait nécessité, pour obtenir un jugement destiné à le suppléer, d'établir le décès au moyen de la preuve testimoniale.

44. Il ne faut point assimiler au cas de mort l'amputation du membre, agent de l'écriture. On dirait vainement que sa perte rend, aussi bien que la mort qui anéantit la personne, toute antidate impossible. Il suffit que l'article 1328 n'en parle point. Il est facile d'ailleurs d'expliquer le silence de la loi. Le fait de l'amputation, une fois établi, peut sans doute démontrer l'impossibilité d'une antidate; mais il n'est point, comme le cas de mort, susceptible d'une preuve aussi précise quant à sa date. D'autre part, le signataire prétendu peut, par suite d'un concert frauduleux, s'attribuer et reconnaître comme sienne une signature fausse et contrefaite, émanée après coup d'un tiers étranger. La loi a voulu éviter toutes ces difficultés en s'en tenant au seul cas de mort (1).

Plus encore que l'amputation, la simple paralysie est insuffisante pour conférer à l'acte une date constante. Il est, en effet, moins facile d'en constater avec précision le moment, l'intensité et les résultats, quant à l'impuissance absolue de la personne qui en est atteinte.

45. L'article 1328 ne prévoit que le cas de mort de celui ou de l'un de ceux qui ont souscrit l'acte, c'est-à-dire, suivant les expressions de l'article 1410, d'un ou de plusieurs des signataires dudit acte. La mort de celui ou de l'un de ceux qui l'ont écrit, sans être signataires, ne peut donc lui conférer date certaine. Car un corps d'écriture est loin de caractériser l'identité de la personne, comme le fait une signature, qui, bien qu'elle soit exposée elle-même à un désaveu, marque l'écrit

(1) *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 242.

d'un cachet particulier de personnalité propre. Un simple corps d'écriture est, au contraire, par lui-même toujours anonyme, et, pour en reconnaître l'auteur, il faut employer des moyens de vérification préalable, trop incertains et trop dangereux dans leurs résultats.

46. Lorsque leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, les actes sous seing privé acquièrent immédiatement date certaine. Ils participent sous ce rapport, par l'effet de cette simple relation, de l'authenticité des actes publics.

Mais il importe de bien se fixer sur le sens que la loi attache à ces mots, substance constatée. Il ne s'agit point d'abord d'un dépôt qui aurait été fait d'un acte sous seing privé dans l'étude d'un notaire. Il acquiert en effet, par ce dépôt, régulièrement effectué, plus qu'une date certaine; il acquiert le caractère et la force de l'authenticité (1).

Il ne s'agit ici que d'une simple mention, d'une relation dans un acte public, et la loi en indique elle-même le sens en citant comme exemples les procès-verbaux de scellés ou d'inventaire. Qu'est-ce donc que constater la substance d'un acte? C'est le signaler par la mention de sa nature particulière, de ses clauses principales, de sa date apparente, par l'indication des parties contractantes et signataires, enfin par toutes les circonstances propres à le déterminer d'une manière précise et non équivoque.

Cette relation n'est point un résumé de la teneur de l'acte; elle en est le signalement par l'indication des faits et circonstances qui le caractérisent et le spécifient. La substance d'un acte privé nous paraît donc suffisamment constatée dans un acte public, suivant le sens qu'attache à ces expressions l'article 1328, alors même qu'il est simplement signalé par ses caractères matériels et l'indication des mots par lesquels il commence et se termine, pourvu que ces mentions ne laissent aucun doute sur son identité.

(1) Voy. 1317, n° 40.

Mais l'indication de la date seule, sans autres désignations, sera le plus souvent insuffisante. En l'absence d'énonciations plus développées, il ne sera guère possible, dans ce cas, à moins de circonstances particulières qui les rendent inutiles, de reconnaître si l'acte signalé par sa date seulement est le même que celui que l'on oppose plus tard comme ayant acquis date certaine (1).

Mais la substance d'un acte privé est suffisamment constatée lorsqu'on en énonce l'existence, dans un acte public, par les indications les plus complètes et les plus précises, bien qu'on ne le signale que comme constituant une simple convention verbale. Ce subterfuge, employé pour échapper aux droits de timbre et d'enregistrement, est passé dans la pratique, et l'abus en est poussé à ce point que l'on n'hésite même plus à transcrire et à lire de semblables conventions, toujours prétendues verbales.

47. Quant aux actes publics dans lesquels la substance d'un acte privé peut être régulièrement relatée, nous citerons, outre les procès-verbaux de scellés et d'inventaire, les actes de notaire, d'huissier, d'avoué; les jugements et autres actes de justice; les contraintes décernées par les receveurs de l'enregistrement et des domaines (2); les procès-verbaux et états de perquisition, de saisie de pièces de conviction dans les poursuites et instructions criminelles; les actes émanés d'une administration publique, par exemple, une décision ministérielle portant remise des peines encourues pour enregistrement tardif (3).

Cependant, si un acte sous seing privé était relaté, comme simple convention verbale, dans une requête en défense signifiée d'avoué à avoué, cette relation dans un pareil acte serait insuffisante pour lui faire acquérir date certaine. De semblables mentions, par la nature particulière de l'acte où elles sont

(1) Cass., 23 nov. 1841. SIREY, 42, 1, 134.
(2) Voy. Cass., 23 nov. 1841. SIREY, 42, 1, 134.
(3) Riom, 24 janv. 1842. SIREY, 42, 2, 67.

consignées, et les circonstances dans lesquelles elles ont lieu, ne constituent que de simples allégations, sans aucun caractère suffisant de certitude (1).

48. Lorsque les scellés ont été apposés, il semble tout naturel d'attribuer à l'acte privé qui a été mis et trouvé sous les scellés date certaine, non pas seulement du jour où il a été mentionné dans le procès-verbal de levée, mais rétroactivement du jour où il a été placé sous les scellés, bien qu'à ce moment sa substance n'ait pas été relatée dans le procès-verbal d'apposition. Car il est évident que, de ce moment-là, il n'a pas été susceptible d'une confection frauduleusement antidatée. Cependant, l'article 1328 est formel; l'apposition des scellés ne suffit pas; il faut la relation de la substance de l'acte privé dans le procès-verbal.

Nous ferons encore une autre observation, commune aux procès-verbaux de scellés et d'inventaire. Le plus souvent, ils durent plusieurs jours, et même les heures de vacation y sont indiquées. Dans ce cas, les actes sous seing privé acquièrent date certaine, non point simultanément du jour de la clôture définitive du procès-verbal, mais successivement au fur et à mesure que leur substance y est relatée, et suivant l'ordre des dates particulières attribuées à chacune des parties du procès-verbal où cette relation se rencontre.

49. L'article 1328 ne s'occupe que du cas où la substance d'un acte privé est constatée dans un acte public. Supposons qu'elle soit relatée dans un autre acte sous seing privé, et que ce dernier acte ait acquis lui-même date certaine par l'enregistrement, la mort de l'un des signataires ou la relation de sa substance dans un acte public. Le premier acte aura-t-il acquis, par contre-coup, également date certaine? Nous le croyons, parce qu'il est impossible de le séparer du second, et que si celui-ci a acquis date certaine, il communique nécessairement

(1) Grenoble, 26 avril 1849. Sirey, 50, 2, 271. — Rouen, 24 mars 1852. Sirey, 52, 2, 535.

à l'autre qu'il relate cette même certitude de date qui existe incontestablement pour lui. Il en fait foi également à sa date propre.

50. Quoi qu'il en soit, ces trois circonstances, enregistrement, mort de l'un des signataires, relation de la substance de l'acte privé dans un acte public, sont les seules au moyen desquelles un acte sous seing privé puisse acquérir date certaine. Les expressions mêmes de l'article 1328 établissent que ses dispositions sont limitatives et non simplement démonstratives. En excluant ainsi toute autre circonstance comme propre à conférer aux actes sous seing privé une date certaine, le législateur a enlevé au juge un pouvoir arbitraire, dont l'exercice eût été incompatible avec les principes de certitude et de fixité qu'il a entendu consacrer (1).

Les cas de maladie (2), d'éloignement (3), d'absence même judiciairement constatée (4), de séquestration et d'emprisonnement de l'un des signataires ; l'emploi d'un papier timbré hors d'usage ; l'apposition du timbre de la poste (5), ou du sceau de toute autre administration publique, sont, en conséquence, absolument inefficaces pour attribuer une date certaine aux actes sous seing privé.

51. On ne saurait non plus, au moyen de la preuve testimoniale ou de simples présomptions, prouver contre les tiers la sincérité de la date d'un acte sous seing privé, ou l'époque à laquelle aurait été faite la convention ou disposition qu'il renferme, si cet acte n'a point acquis date certaine par l'une des circonstances indiquées par l'article 1328 (6).

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 680. — DURANTON, T. 13, n° 131. — FAVARD, Rép., v^is *Acte sous seing privé*, sect. 1, § 1, n° 7. — BONNIER, n° 573. — MARCADÉ, art. 1328, n° 4. — Cass., 27 mai 1823. SIREY, 23, 1, 297.

(2) *Contrà*, TOULLIER, T. 8, n°s 242 et 243.

(3) *Contrà*, TOULLIER, T. 8, n° 242.

(4) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 680. — *Contrà*, TOULLIER, *ibid*.

(5) ZACHARIÆ, T. 5, *ibid*.

(6) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 681. — Cass., 27 mai 1823. SIREY, 23, 1,

Il est même indifférent que cette offre de preuve soit appuyée de la mise en possession, par exemple, de l'acquéreur ou du preneur qui se prévaut d'un titre sans date certaine, à l'encontre de tiers qui invoquent, au contraire, des actes dont la date est constante (1).

Mais si cette offre de preuve, quant à la sincérité de la date de l'acte, ou quant à l'époque à laquelle la convention aurait été réellement passée, se fondait sur un commencement de preuve écrite qui eût lui-même acquis date certaine par l'un des moyens indiqués à l'article 1328, nous croyons qu'alors elle serait recevable. On rentre en effet, dans ce cas, en ce qui touche la certitude de la date, dans les termes mêmes de notre article; et si l'écrit produit, par exemple, un acte de vente non fait double, ne fait pas par lui-même preuve complète et n'établit qu'un commencement de preuve écrite, il n'en est pas moins vrai, d'une part, qu'il n'y a point d'antidate frauduleuse à craindre, et, d'autre part, que la preuve peut être complétée par tous moyens de droit. L'article 1328 nous paraît donc s'appliquer aussi bien à l'écrit privé qui ne fait qu'un commencement de preuve, qu'à l'écrit qui en fournit une pleine et entière, sauf, dans le premier cas, à la compléter régulièrement.

52. Remarquons, au surplus, que l'article 1328 est inapplicable aux matières de commerce. Les juges ont en conséquence le pouvoir de s'assurer, même à l'égard des tiers, que la date des actes privés, constatant des conventions ou opérations commerciales, est réelle et sincère, bien qu'elle ne soit devenue certaine par aucuns des moyens ordinaires. Ils peuvent alors se décider par les faits et circonstances de la cause

297. — Toulouse, 7 juill. 1831. Sirey, 32, 2, 646. — Grenoble, 9 mai 1833. Sirey, 33, 2, 506. — Douai, 11 août 1837. Sirey, 38, 2, 106.

(1) Zachariæ, *ibid.* — Nîmes, 27 mai 1840. Sirey, 40, 2, 495. — Douai, 11 août 1837. Sirey, 38, 2, 106.

et par de simples présomptions. Ce point est aujourd'hui fixé en doctrine et en jurisprudence (1).

53. Il peut arriver, et nous en avons vu divers exemples, que deux ou plusieurs actes émanés du même auteur, au profit de personnes différentes, acquièrent ou ont date certaine du même jour, alors qu'ils ont pour effet de contredire, annuler, restreindre ou modifier dans leur exercice les droits qu'ils transmettent ou constituent en faveur de ceux qui les invoquent respectivement. Ce concours d'actes, à la même date, a lieu soit qu'il s'agisse d'actes publics ou d'actes sous seing privé ayant acquis date certaine.

Tel est le cas où deux personnes ont acquis le même jour la même chose, du même propriétaire, soit qu'il ait vendu chaque fois en personne ou que les ventes aient été consenties d'un côté par lui et de l'autre par un mandataire, ou par deux mandataires différents. Tel est encore celui où, le même jour, la même personne vend à l'un une chose et confère à d'autres sur la même chose une servitude, un bail, une hypothèque ou tout autre droit réel.

Si les actes indiquent d'une manière précise l'heure à laquelle chacun d'eux a été passé ou a acquis date certaine; s'ils marquent une différence appréciable dans leur temps, par exemple, en énonçant que l'un a été passé le matin et l'autre le soir, dans ce cas la préférence est due à l'antériorité de la date exprimée, à moins que la partie à qui on l'oppose n'établisse qu'il y a eu dol, fraude ou même faux.

Si l'article 2147 dispose que tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand même cette différence serait marquée par le conservateur, cette disposition tout exceptionnelle ne saurait

(1) Toullier, t. 8, n° 244. — Pardessus, *Droit commercial*, t. 2, n° 246. — Zachariæ, t. 5, pag. 681. — Cass., 4 fév. 1819. Sirey, 19, 1, 384. — 28 janv. 1834. Sirey, 35, 1, 206. — 17 juill. 1837. Sirey, 37, 1, 1022. — 7 mars 1849. Sirey, 49, 1, 397.

être appliquée hors du cas pour lequel elle a été spécialement édictée. D'ailleurs il n'est pas possible, dans les hypothèses que nous posons, d'admettre en concurrence les divers prétendant-droit, comme on admet les simples créanciers qui ne font que se distribuer contradictoirement le gage commun de leurs créances. Il y a donc nécessité d'attribuer à l'un d'eux une préférence sur l'autre, et toute la difficulté consiste à déterminer celui auquel cette préférence doit être accordée, les actes n'indiquant aucune différence d'heure ou de temps dans la même journée.

Indépendamment de toute articulation de mauvaise foi, de dol, de fraude ou de faux, dont la preuve est toujours à la charge de celui qui les allègue, toute partie sera recevable à établir par la preuve testimoniale ou à l'aide de simples présomptions l'antériorité du titre qu'elle invoque. Ce n'est pas, en effet, qu'une semblable prétention ait pour objet et pour résultat d'attribuer à un acte une date certaine, à un moment quelconque, par un moyen autre que ceux qui sont admis par l'article 1328. Sans toucher autrement à la certitude respective des dates qui reste entière, il s'agit uniquement de déterminer, dans le cercle d'heures où elles sont fixées, l'antériorité de l'une sur l'autre. Or, cette détermination en donnant à l'une d'elles plus de précision, n'altère en rien la certitude de l'autre, puisqu'elle demeure toujours fixée, sauf l'incertitude de l'heure, au jour indiqué (1).

La nature des droits transmis ou acquis aux tiers porteurs des différents actes est absolument indifférente pour la solution de la question, et il importe peu qu'il s'agisse de droits identiques ou différents, comme de la vente de la même chose, ou seulement d'une vente faite à l'une des parties, et d'un bail ou d'une servitude consentie à l'autre, quant à la même chose. Mais avant d'entrer dans quelques détails, nous croyons devoir jeter un coup d'œil sur une espèce qui a été soumise à la Cour de cassation.

(1) Voy. 1319, n° 13.

Le 22 décembre 1806, Ducros donne à Fabrit deux fonds de terre à titre d'antichrèse. Le 2 septembre 1811, les héritiers Fabrit cèdent et transportent la créance, avec le bénéfice de l'antichrèse, à Simon Thomas. Dans cet acte de cession la créance est évaluée à huit cents francs.

Le 10 décembre 1811, Ducros vend à Tort les fonds remis par lui en antichrèse. Par cet acte de vente la créance Fabrit est évaluée à sept cent vingt-deux francs, et Tort, acquéreur, est chargé de l'acquitter.

Enfin, le 4 juillet 1817, Ducros déclare approuver la cession de 1811, consentie à Simon Thomas, et se reconnaît débiteur de la somme totale de douze cents francs.

Ces actes de 1811 et 1817 étaient sous signatures privées. Ils ne furent enregistrés, savoir : la vente du 10 décembre 1811, que le 23 décembre 1824, et le règlement du 4 juillet 1817, que le 22 juin 1842.

Mais Ducros était mort avant ce double enregistrement, le 18 octobre 1823. Dès lors son décès avait donné date certaine aux actes antérieurs qu'il avait souscrits.

Dans ces circonstances, les héritiers de Tort, acquéreur, voulant dégager les immeubles, offrent aux héritiers de Simon Thomas, cessionnaire, la somme de sept cent vingt-deux francs réglée par la vente de 1811. Ceux-ci refusent ces offres comme insuffisantes; ils prétendent qu'elles doivent être des douze cents francs réglés par l'acte de 1817; et la cour de Nîmes les déclare en effet insuffisantes, par le motif que l'acte du 4 juillet 1817 a acquis date certaine par le décès de Ducros, le 18 octobre 1823, quoiqu'il n'ait été enregistré qu'en 1842, tandis que la vente du 10 décembre 1811 n'a acquis date certaine que le 23 décembre 1824, jour de son enregistrement. En conséquence, elle décide que l'acquéreur est tenu de respecter les engagements pris antérieurement par son vendeur, et les droits conférés par lui à des tiers avant son aliénation.

Il y avait là une contradiction palpable; car il était évident que les deux actes avaient également acquis date certaine au

même instant, à partir du décès de Ducros, et que l'antériorité de date ne pouvait se fixer par la comparaison du jour du décès avec la date de l'enregistrement de l'un ou de l'autre titre. Cet arrêt devait être cassé, et il le fut (1).

Mais la Cour de cassation ne dit point dans son arrêt quelle est l'issue par laquelle les juges doivent sortir de l'impasse où ils semblent renfermés? Nous allons l'indiquer.

Cette question de préférence bien plus que d'antériorité de date doit se résoudre par les principes relatifs à la preuve des obligations; et voici comment : Celui qui réclame un droit est tenu de le prouver; à défaut de preuve, il succombe dans sa prétention. Or, dans ce concours d'actes qui sont en contradiction et en opposition les uns par rapport aux autres, tout demandeur qui n'est point en possession du droit qu'il prétend faire reconnaître en sa faveur, est dans l'impuissance d'en administrer la preuve, puisque cette preuve est subordonnée à celle de l'antériorité de son titre, et que la simultanéité de dates également certaines exclut jusqu'à l'idée d'une antériorité possible. Sa demande doit être repoussée, comme si son titre avait une date postérieure; car c'est la même chose pour lui d'avoir un acte ayant date postérieure expressément, ou d'en invoquer un qui n'a pas de date certaine antérieure. Dans l'un comme dans l'autre cas, et par les mêmes motifs, les juges n'ont qu'à décider que la demande n'est pas justifiée. Le demandeur perd donc son procès à défaut de preuve, et le défendeur qui est en possession le gagne, non pas parce qu'il établit son droit, mais parce que son adversaire ne prouve pas le sien, *vincit per non jus actoris*.

Ce n'est là, en définitive, qu'un de ces cas si nombreux qui montrent combien la possession est importante dans l'exercice des actions, et qui établissent la vérité pratique de cet axiome, *in pari causâ melior est conditio possidentis*; dans une cause, égale d'ailleurs de part et d'autre, la condition du possesseur est préférable. Nous y voyons encore la preuve du soin avec

(1) Cass., 11 janv. 1847. Sirey, 47, 1, 349.

lequel les juges doivent déterminer les rôles de demandeur et de défendeur, puisque la charge de la preuve et le succès de la cause en dépendent. A ce sujet, nous observerons qu'ils nous ont souvent paru ne pas y attacher une importance suffisante. Plus d'une fois nous les avons vus, au lieu de s'en tenir résolument à ces principes élémentaires qui ont le suprême avantage de sauvegarder leur responsabilité, se laisser entraîner, par des considérations d'équité prétendue, à l'appréciation arbitraire de faits et de circonstances dont le caractère équivoque ne fait naître que le doute et tend à confondre, par l'incertitude des résultats, toutes les notions de droit et de justice.

54. Faisons maintenant l'application de ce principe à l'espèce que nous venons de rappeler. Les héritiers Thomas, cessionnaires des droits de Fabrit, créancier antichrésiste, n'avaient, en leur qualité de possesseurs et de défendeurs, qu'à attendre le résultat de la preuve qui était à la charge de Tort, demandeur. Ce dernier devait, en cette qualité, prouver l'antériorité de son titre, c'est-à-dire de la vente portant la date du 10 décembre 1811, sur le règlement du 4 juillet 1817. Or, ces deux actes ayant acquis simultanément, par le même fait, par la mort de Ducros, l'un des souscripteurs, date certaine le 18 octobre 1823, il était impossible de prouver l'antériorité de l'un de ces actes sur l'autre; et, à défaut de cette preuve, Tort ne pouvant dégager les immeubles antichrésés qu'en offrant le montant du règlement de 1817, devait forcément être débouté de sa demande.

Pareillement, si deux acquéreurs, deux fermiers de la même chose produisent deux actes ayant acquis date certaine en même temps, par le décès de l'un des souscripteurs, celui-là aura la préférence qui sera en possession, et contre lequel le demandeur ne pourra établir l'antériorité de son titre.

Mais le même principe doit-il servir à résoudre cette question? Le mandataire vend un héritage à l'un, le mandant le vend à un autre le même jour par un acte également authen-

tique; ou bien ces deux actes de vente, s'ils sont sous seing privé, acquièrent date certaine du même jour, soit par leur relation dans un acte authentique, soit par leur enregistrement. Les deux acquéreurs sont également de bonne foi, et les actes valables à leur égard (2008-2009). Lequel des deux sera préféré? Sans distinguer entre celui qui a acquis du mandant et celui qui a traité avec le mandataire, ce sera celui qui, suivant son droit, aura établi par tous moyens légaux de preuve l'antériorité de son titre. Dans ce cas, en effet, à la différence de celui où les actes n'acquièrent date certaine que par le décès du signataire commun, il y a une antériorité légalement possible de l'un des actes sur l'autre, et il ne reste plus qu'à l'établir.

Mais si cette antériorité n'est pas prouvée et qu'il y ait doute, ce sera le défendeur qui devra être préféré, parce que le demandeur, qui n'est pas en possession, ne peut avoir de droits qu'en établissant l'antériorité de son titre, dont nous supposons qu'il n'administre point la preuve.

La question étant ramenée à ces termes, on voit que le point de fait n'est pas sans influence; et, nous le répétons, les juges peuvent toujours l'apprécier pour y trouver la preuve d'une antériorité, lorsqu'elle est possible et saisissable (1).

55. Que si aucune des parties n'avait été mise en possession ou qu'elle n'établit point l'antériorité du titre invoqué par elle, la préférence serait due à celle qui la première aurait demandé au promettant la délivrance de la chose ou l'exécution du contrat. Car celui-ci, régulièrement obligé, devait livrer immédiatement la chose au stipulant qui en poursuivait la tradition. Autrement, il serait maître de déterminer, à son choix, une cause de préférence en faveur de l'un et au préjudice de l'autre, en refusant de livrer la chose, malgré la demande régulière formée par l'un des stipulants, pour en faire, au contraire, la tradition à l'autre.

A défaut de demande en délivrance, la préférence devrait

(1) Voy. 1138, n° 51. — TROPLONG, *Transcript.*, nos 192 et suiv.

se régler par la priorité de la demande de séquestre formée par l'un des stipulants. Ce dépôt judiciaire équivaut, en effet, dans son intention, à l'égard de celui qui le provoque, à une demande de mise en possession, soit que celui qui le demande doive, aux termes de son titre, recevoir immédiatement délivrance de la chose, ou n'en prendre possession que dans un délai déterminé, alors même que l'autre stipulant, qui est resté inactif, doive être mis tout de suite en possession.

L'autre partie prendrait même vainement possession de la chose, après que son adversaire a demandé la délivrance ou provoqué le séquestre. Elle ne pourrait l'invoquer comme fondement d'une cause de préférence en sa faveur, en sa qualité de défenderesse, au préjudice de l'autre stipulant qui a pris l'initiative d'une demande de délivrance ou de séquestre. La possession dont elle entend alors se prévaloir n'est qu'un fait matériel, sans caractère juridique, sans portée légale. Autrement, elle servirait, comme moyen de collusion et de fraude, à consacrer les plus flagrantes injustices.

Que si l'on nous objecte qu'en subordonnant ainsi les questions de préférence à la priorité des poursuites, nous en faisons en quelque sorte un prix de vitesse, il nous suffira de répondre qu'il n'est nullement extraordinaire, en droit, que les diligences d'un créancier soient pour lui une cause de préférence. En y regardant même de près, il est facile de se convaincre que ce principe, surtout en ce qui touche le payement des obligations, est la plus ferme garantie de l'exécution des contrats.

56. Cependant, s'il s'agissait d'une somme d'argent sur laquelle des droits fussent conférés et acquis à diverses personnes, par actes passés à la même date, il n'y aurait point exclusion des autres par l'un des ayants-droit. Tous viendraient en concurrence, contributoirement, dans la proportion de leurs droits.

Tel est le cas où plusieurs cessionnaires ont fait signifier ou accepter leurs cessions respectives le même jour, sans in-

dication des heures, ou bien celui où une saisie-arrêt a été faite le jour même de l'acceptation ou de la signification d'une cession, sans que les actes marquent aucune différence dans les heures (1). C'est qu'alors les droits respectivement acquis ou transmis ne s'excluent pas nécessairement, et qu'ils peuvent concourir.

Du reste, nous ne voyons pas pourquoi celui qui prétend que son acte est antérieur ne serait pas admis à en établir l'antériorité, à l'aide de témoins ou de présomptions (2), puisqu'il se borne à en fixer, dans les termes de sa date, le moment véritable avec plus de précision.

57. Certains actes de procédure peuvent également avoir été accomplis le même jour, sans qu'ils marquent, par l'indication des heures, aucune antériorité de l'un sur l'autre. Par exemple, un avoué forme une demande en péremption, et, le même jour, l'avoué adverse fait un acte interruptif. La péremption est acquise ou non, suivant que la demande est antérieure ou postérieure à cet acte. Ce sera donc à l'avoué demandeur en péremption auquel on l'oppose, à établir que sa demande a été formée la première. En se prévalant de l'acte de procédure qu'il a accompli, l'avoué adverse ne propose pas, en effet, une exception proprement dite qu'il doive personnellement justifier, par la raison que la péremption n'a pas lieu de plein droit. C'est, en conséquence, à celui qui la demande à prouver que le bénéfice lui en est acquis. Mais il peut établir l'antériorité de sa demande même au moyen d'enquête (3).

ARTICLE 1329.

Les registres des marchands ne font point, contre

(1) DURANTON, T. 16, n° 503. — TROPLONG, *Vente*, n°s 903 et 928. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 554. — Bruxelles, 30 janv. 1808. SIREY, 7, 2, 1253.

(2) *Contrà*, ZACHARIÆ, *ibid.*

(3) TOULLIER, T. 9, n° 223. — Cass., 15 juill. 1818. SIREY, 19, 1, 25.

les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.

ARTICLE 1330.

Les livres des marchands font preuve contre eux ; mais celui qui veut en tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.

Sommaire.

1. On ne peut se faire un titre à soi-même.
2. Exception en faveur des livres de commerce.
3. Ils font preuve entre commerçants pour faits de commerce,
4. Pourvu qu'ils soient régulièrement tenus.
5. Le livre journal est le livre essentiel. Utilité des livres auxiliaires.
6. Distinction entre les commerçants et non commerçants.
7. Le fait doit être du commerce respectif des contractants.
8. Résumé des trois conditions exigées.
9. Le juge a la faculté d'admettre ou non comme faisant preuve les livres de commerce.
10. Les livres irrégulièrement tenus ne font pas foi.
11. De leur production en justice.
12. Article 1329. Il autorise la délation du serment supplétif au marchand,
13. Mais seulement en ce qui concerne les fournitures faites,
14. Et pourvu que les livres soient régulièrement tenus.
15. Distinction, quant à la nécessité du serment supplétif.
16. Les livres de commerce ne forment point un commencement de preuve écrite en faveur du marchand demandeur.
17. Du cas où le défendeur offre d'ajouter foi aux registres.
18. Les registres des marchands font preuve contre eux,
19. Sauf preuve contraire.
20. La foi qui leur est due indivisible.
21. Des arrêtés de compte sur les livres de commerce.

COMMENTAIRE.

1. C'est un principe que nous aurons à développer sous les articles suivants, qu'on ne doit point ajouter foi à l'écriture par laquelle on prétend se donner un tiers pour débiteur, en se faisant un titre à soi-même ; *exemplo perniciosum est ut ei*

scripturæ credatur quâ unusquisque sibi debitorem constituit (1).

2. La loi admet cependant une exception en faveur des livres de commerce, mais en la soumettant à de certaines conditions que nous expliquerons plus loin. Nous devons, en effet, commencer par indiquer ce qui concerne la tenue de ces livres; et, si nous trouvons dans le Code Napoléon les principes relatifs à la foi qui leur est due, c'est au Code de commerce que nous devons recourir, quant à l'obligation et à la tenue de ces sortes d'écritures. Voici ses dispositions :

Art. 8. « Tout commerçant est tenu d'avoir un livre journal qui présente, jour par jour, ses dettes actives et passives, les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paye, à quelque titre que ce soit, et qui énonce, mois par mois, les sommes employées à la dépense de sa maison, le tout indépendamment des autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables.

» Il est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit, et de copier sur un registre celles qu'il envoie. »

Art. 9. « Il est tenu de faire, tous les ans, sous seing privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives, et de le copier, année par année, sur un registre spécial à ce destiné. »

Art. 10. « Le livre journal et le livre des inventaires seront paraphés et visités une fois par année.

» Le livre de copies de lettres ne sera pas soumis à cette formalité.

» Tous seront tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes, ni transports en marge. »

Art. 11. « Les livres dont la tenue est ordonnée par les articles 8 et 9 ci-dessus, seront cotés, paraphés et visés, soit par un des juges des tribunaux de commerce, soit par le maire ou un adjoint, dans la forme ordinaire et sans frais.

(1) L. 7, C. *De probat.*

» Les commerçants seront tenus de conserver ces livres pendant dix ans. »

Ces dispositions ne font que reproduire les articles 1, 2, 3, 4, 5, 7 et 8, titre 3, de l'ordonnance du mois de mars 1673.

L'article 8, C. comm., parle d'autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables. Quels sont ces livres? Il y a d'abord le grand livre, ou livre de compte, qui se tient, non point par ordre de dates, mais par articles de marchandises qui ont fait le sujet des opérations, ou par indication des personnes avec lesquelles des opérations ont eu lieu. Ce livre de compte est divisé en deux parties, l'un de débit et l'autre de crédit, *doit* et *avoir*. D'un côté on porte en débit les ventes faites, les billets, lettres de change et valeurs fournies à la personne que l'article du livre concerne; et de l'autre on porte en crédit les payements faits et les valeurs fournies par cette même personne. Ce livre contient, en un mot, autant de comptes individuels et séparés qu'il y a de personnes avec lesquelles le marchand ou commerçant est en relation d'affaires. La balance ou solde de chacun de ces comptes établit sa situation passive ou active à leur égard, suivant qu'il est débiteur ou créancier, c'est-à-dire suivant que les articles portés au crédit sont supérieurs ou inférieurs à ceux portés au débit.

Il y a encore le livre de caisse où le commerçant mentionne d'un côté l'argent qu'il reçoit et de l'autre celui qu'il paye. Ce registre constate le mouvement des fonds à leur entrée et à leur sortie en caisse.

Chaque commerçant peut tenir, en outre, pour la commodité de sa gestion et dans la forme qui lui paraît la plus convenable, d'autres livres et registres, tels que répertoires, états de marchandises et comptes de matière, livres des profits et pertes, carnet d'échéances.

Mais ces trois livres, livre journal, grand livre et livre de caisse, indépendamment du livre de copies de lettres, du registre des inventaires et de la liasse des lettres missives reçues, ces trois livres suffisent généralement pour qu'un marchand

ou commerçant puisse se rendre compte du mouvement de ses opérations et de la situation de ses affaires.

Cependant, si son commerce a une grande extension, un développement considérable, il sera, s'il veut connaître sa position exacte à un moment donné, toujours dans la nécessité de se livrer à un long travail de recherches pour réunir les éléments épars et disséminés dans ses livres, dont le résumé seul peut établir sa véritable et réelle situation. Les besoins d'une comptabilité sinon plus exacte dans ses résultats, du moins plus précise dans sa conclusion, ont donc fait introduire, surtout dans la banque, la tenue des livres en partie double. Un contrôle mutuel des opérations, un tableau synoptique des affaires, une balance quotidienne des comptes, une expression arithmétique de la situation, une comptabilité constamment à jour; tels sont les inappréciables avantages de cette méthode, aujourd'hui vulgarisée dans le commerce. Par elle, en effet, chaque opération est saisie à son origine, immédiatement classée à son ordre et définie dans ses résultats, pour ainsi dire sous la dictée même du fait; de telle sorte que les comptes ainsi établis peuvent être tous les jours comparés, balancés, soldés, et que chaque compte particulier peut être à tout instant jugé dans son ensemble et dans chacun de ses articles.

Du reste, nous le répétons, le livre journal est le livre essentiel, indispensable, au point de vue où nous l'apprécions ici, c'est-à-dire sous le rapport de la force probante des livres et registres de commerce.

3. Les livres de commerce régulièrement tenus peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce (12, C. comm.). Peu importe, d'ailleurs, qu'ils soient écrits de la main du commerçant ou de celle d'un tiers, commis, employé ou autre (1).

Cette disposition pose ainsi une triple distinction. Les livres

(1) DURANTON, T. 13, n° 198.

sont-ils ou non régulièrement tenus? Le débat est-il engagé entre commerçants ou non commerçants? S'agit-il ou non de faits de commerce? Examinons chacun de ces points particuliers. Mais indiquons d'abord sur quelles considérations est fondée la foi due aux livres de commerce régulièrement tenus.

Comme exception aux règles ordinaires du droit, les dispositions de l'article 12, C. comm., se justifient par la nature des relations que le commerce établit entre les personnes qui le pratiquent. On ne comprend guère, en effet, comment les marchands et commerçants pourraient être astreints à régler entre eux toutes leurs transactions et opérations commerciales par des actes particuliers revêtus de leurs signatures privées. L'activité et le mouvement du commerce ne se prêtent pas, ou du moins ne se prêtent que très difficilement à de semblables complications. D'autre part, comme la loi impose à chaque commerçant l'obligation de tenir certains livres et registres avec une régularité dont elle détermine elle-même les conditions, celui qui fait avec lui un acte de commerce, s'il ne prend la précaution de constater d'une manière spéciale son opération, est censé lui donner mandat de l'établir lui-même sur ses livres et registres personnels, à la seule condition qu'ils seront tenus régulièrement et conformément à la loi. Ajoutons que les deux parties devant respectivement tenir des livres de commerce, il s'établit entre eux un contrôle mutuel de leurs constatations.

4. Mais il faut qu'ils soient régulièrement tenus, suivant les prescriptions des articles 8, 10 et 11, C. comm. Leur régularité est la condition essentielle de la foi qui leur est due.

Et ici il ne s'agit pas d'une régularité relative, mais bien d'une régularité absolue. Il ne suffirait pas que les livres fussent régulièrement tenus en ce qui concerne les articles en débat, relativement à la personne avec laquelle se meut la contestation. Il faut que les registres, dans tout leur contenu, quelles que soient la différence d'articles et la diversité de personnes, remplissent toutes les conditions prescrites de ré-

gularité. Quelquefois même une simple régularité relative est, à raison de son caractère exceptionnel, de nature à exciter de légitimes soupçons d'une confection frauduleuse pour le besoin de la cause.

Il importerait peu, cependant, que les registres antérieurs ou même les registres en cours d'exercice fussent irrégulièrement tenus, quant aux articles qui précèdent ceux en contestation, si, à partir de ceux-ci, ils sont tenus avec l'exactitude et la régularité que la loi exige. Réciproquement, cette régularité et cette exactitude postérieures et tardives ne couvriraient pas le vice d'irrégularité, en ce qui concerne les articles précédents. Car il convient de n'apprécier les livres et registres que dans la partie où sont relatés avec d'autres les divers éléments du débat. Ce n'est pas, toutefois, que les tribunaux ne puissent tirer argument, contre leur force probante, des inexactitudes et irrégularités qui peuvent exister dans les parties qui précèdent ou dans celles qui suivent. Mais elles ne fournissent qu'un argument de fait, de la nature des simples présomptions dont l'appréciation leur appartient souverainement. Que si, au contraire, les registres étaient irrégulièrement tenus dans la partie même où sont relatés les articles en contestation, il en résulterait un argument de droit, une présomption légale qui s'opposerait à ce que le juge les admît, sans le concours d'autres circonstances, comme faisant preuve des faits qu'ils énoncent.

5. Le livre journal est, à proprement parler, le seul qui fasse foi en justice. C'est à lui surtout que s'appliquent les dispositions relatives à la tenue des livres de commerce. Le livre des copies de lettres a sans doute son importance; mais elle n'est que secondaire, et il ne sert, le plus souvent, qu'à résoudre des difficultés accessoires, par exemple, celles qui s'élèvent sur la conclusion d'un marché, ses clauses et conditions particulières. Il importe alors de consulter la correspondance, et d'y puiser les éléments nécessaires pour fixer le juge sur les circonstances et les détails de l'opération.

Mais si le registre des copies de lettres peut être utilement employé pour compléter, expliquer, développer les diverses énonciations du livre journal, il ne saurait être invoqué pour le suppléer à l'égard d'un fait qui y serait omis, et dont la preuve n'existerait que dans la correspondance des parties.

A plus forte raison, les livres simplement auxiliaires sont-ils insuffisants pour combler les lacunes, suppléer les omissions, couvrir les irrégularités du livre journal (1). Vainement la partie qui les invoque demanderait à les produire. Les juges pourraient, sans s'arrêter aux présomptions de fait qui en résultent, rejeter cette offre de production, dont le premier résultat serait d'établir l'irrégularité et l'inexactitude du livre essentiel et indispensable. Mais s'ils étaient, au contraire, invoqués à l'appui de ses énonciations, comme en contenant l'explication et le développement, ils ne feraient alors qu'ajouter à sa force probante.

6. Si les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge comme faisant preuve des faits qu'ils énoncent, foi ne leur est pas due indistinctement à l'égard de toutes personnes. Il faut distinguer entre celles qui sont marchandes et celles qui ne le sont pas. Cette distinction ressort des termes de l'article 12, C. comm., et de ceux de l'article 1329, C. Nap. Le premier ne parle, en effet, que des commerçants, tandis que le second dispose que les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées. A l'égard de ces dernières, on rentre donc sous l'empire du principe général que nul ne peut, par sa propre écriture, se faire un titre à soi-même. Il n'existe pour elles aucunes des considérations qui ont fait attribuer aux registres des commerçants force de preuve entre personnes exerçant le commerce. Le marchand qui traite avec elles doit en conséquence, pour la constatation

(1) TOULLIER, T. 8, n°s 366, 387. — PARDESSUS, *Droit commercial*, T. 1, n° 260.

de ses fournitures et autres opérations, se conformer aux règles du droit commun relatives à la preuve des contrats.

Il faut entendre ici par personnes non marchandes celles qui ne font point de l'exercice du commerce leur profession habituelle, suivant la définition qu'en donne l'art. 1, C. comm. Les livres des commerçants ne font point, dès lors, preuve contre les personnes non marchandes, soit que leurs énonciations se rapportent à une convention purement civile, ou qu'elles relatent une opération également commerciale de la part de celui qui n'est point réputé commerçant (1). Réciproquement, les livres du non commerçant n'ont d'autre valeur, à l'égard des personnes marchandes, que celle que la loi attribue aux livres et papiers domestiques, alors même que l'opération qu'ils constatent est commerciale de part et d'autre. La qualité des personnes domine ainsi la nature propre de l'opération; et, nonobstant le caractère commercial de l'acte, s'il n'est intervenu entre commerçants, il n'y a point lieu à l'exception dont nous apprécions la portée.

Il suffit que la personne qui traite avec un commerçant soit non marchande elle-même au moment où elle contracte, pour que l'article 12, C. comm., cesse d'être applicable. Il importe peu qu'antérieurement elle ait exercé le commerce, si elle a cessé de l'exercer, et que même elle ait contracté à une époque où la cessation de son commerce et son changement de profession n'étaient pas encore généralement connus du public.

7. Mais il ne suffit pas d'être commerçant; il faut encore qu'il s'agisse de faits de commerce. Or, suffira-t-il, pour l'application de l'article 12, C. comm., que l'acte constitue un fait de commerce personnel à l'une des parties? Faut-il, au contraire, qu'il constitue un fait de commerce réciproque, commun aux deux contractants? Nous n'hésitons point à nous prononcer dans ce dernier sens.

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 681.

Les expressions de l'article 12, C. comm., ne peuvent, en effet, s'entendre que d'opérations également commerciales de part et d'autre, de telle sorte que chaque partie fait, en contractant, un acte de son commerce respectif. Si les registres de commerce, régulièrement tenus, font preuve de leurs énonciations entre commerçants, c'est surtout à raison du contrôle qu'ils permettent d'exercer sur les uns au moyen des autres. Or, dans notre hypothèse, ce contrôle disparaît, du moins le plus souvent, puisque, de la part de l'une des parties, il n'y a pas sur ses registres une relation suffisamment explicative du fait qui ne constitue à son égard qu'une opération purement civile. Il doit sans doute y être énoncé comme constituant, par exemple, un article de dépenses pour la maison; mais cette énonciation, faite en termes vagues et généraux, manque de précision et de clarté.

D'ailleurs, et cette raison nous semble péremptoire, il y a ici un rapport direct entre les règles de la compétence et les principes de la preuve. La contestation est, en effet, de la compétence des tribunaux civils, bien qu'elle s'agite entre commerçants, à l'égard de celui qui n'a point fait personnellement un acte de commerce. Par rapport à lui, le fait étant purement civil, les débats auxquels il donne lieu ne ressortissent point de la juridiction commerciale. Il nous semble donc qu'il y aurait contradiction, si, après avoir appliqué les principes de la loi civile quant à la compétence, on appliquait ceux de la loi commerciale quant à la preuve. Car il ne faut pas perdre de vue que les dispositions de l'article 12, C. comm., sont exceptionnelles, qu'elles ne sont faites que pour les contestations commerciales proprement dites (1).

8. Telles sont donc les trois conditions exigées : les registres doivent être régulièrement tenus; le débat doit exister entre commerçants, et, en outre, pour fait relatif à leur commerce respectif. Il s'ensuit que l'article 12, C. comm., est inappli-

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 683, n^te 7. — *Contrà*, TOULLIER, T. 8, n° 386. — PARDESSUS, *Droit commercial*, T. 1, n° 258.

cable entre commerçants pour faits étrangers à leur commerce, et entre non commerçants de profession, même pour faits constituant des actes de commerce. Car il faut que la qualité des personnes concoure avec la qualité du fait (1).

9. Moyennant la réunion de ces trois conditions, les livres de commerce peuvent être admis par le juge pour faire preuve. Remarquez ces expressions, *peuvent être admis*; ce n'est donc qu'une faculté de sa part, en vertu de laquelle il peut les admettre ou les rejeter, suivant les circonstances et les faits de la cause.

Ce n'est pas qu'ils ne fassent point, en principe, foi des énonciations qui y sont consignées. Ils en font, au contraire, preuve complète, et c'est pour cela que le juge peut les admettre comme formant un titre juridiquement parfait, sans qu'il ait besoin de fortifier leur autorité probante à l'aide d'autres preuves ou présomptions. Lors donc qu'ils sont admis pour faire preuve, ils suffisent par eux-mêmes pour fonder et motiver la décision.

Mais si le juge ne les admet point, il ne peut le faire qu'en infirmant, par l'appréciation des faits et circonstances, la foi qui leur est due. Dans ce cas, il doit motiver sur l'existence de présomptions contraires son refus de les admettre comme établissant une preuve régulière et complète.

Tel est, en effet, le caractère de la foi due aux livres de commerce, même régulièrement tenus, que la preuve qui en résulte peut toujours être combattue par la preuve contraire, soit au moyen de titres produits, soit à l'aide de témoignages oraux ou de simples présomptions. S'agissant de matière commerciale, on est toujours admis à prouver contre et outre leurs énonciations. Ainsi s'expliquent les expressions de l'article 12, C. comm., quand il dit que les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve. Il signifie seulement que la foi qui leur est due peut être

(1) Toullier, t. 8, n° 386.

infirmée par la preuve contraire, et de là résulte pour le juge la faculté de les admettre ou de les rejeter.

10. Les livres que les individus faisant le commerce sont obligés de tenir, et pour lesquels ils n'auront pas observé les formalités ci-dessus prescrites, ne pourront être représentés, ni faire foi en justice, au profit de ceux qui les auront tenus, sans préjudice de ce qui sera réglé au livre des faillites et banqueroutes. Telles sont les dispositions de l'art. 13, C. comm.

Ainsi, lorsqu'une partie produira des livres régulièrement tenus, et que l'autre n'en présentera que d'irréguliers, cette dernière ne pourra se prévaloir des énonciations qu'ils contiennent en sa faveur, sauf, néanmoins, aux juges le droit d'apprécier les diverses circonstances et présomptions qui en établissent d'ailleurs la sincérité?

Il en sera de même au cas qu'elle n'en produise pas du tout, soit qu'elle déclare ne pas en avoir, les avoir perdus ou ne pas vouloir les représenter. Celle qui produit des registres réguliers doit obtenir gain de cause, si aucune circonstance n'en vient combattre et détruire les énonciations.

Si les livres des deux parties sont tenus avec une égale régularité, et qu'ils soient conformes, la preuve est, pour ainsi dire, doublement faite. Mais s'ils sont contradictoires, le juge ne peut, en présence de livres qui font également preuve de leurs constatations, donner aux uns la préférence sur les autres. Car la foi qui leur est respectivement due contrebalance et neutralise la preuve. La demande n'étant pas justifiée doit, dès lors, être rejetée. Mais le juge peut se décider par l'appréciation des autres éléments de preuve, soit qu'ils résultent de titres, de registres auxiliaires, de témoignages ou de simples présomptions (1). Le plus léger poids mis dans l'un des plateaux de la balance suffit pour en rompre l'équilibre. Il pourrait enfin déférer le serment supplétif à l'une ou à l'autre des parties; car la demande ou exception n'est ni complètement justifiée, ni totalement dénuée de preuve.

(1) TOULLIER, t. 8, n° 384.

11. Nous passons à la production en justice des livres de commerce.

La communication des livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et en cas de faillite (14, C. comm.). Telles étaient aussi les dispositions de l'ordonnance de 1673, article 9, titre 3.

ART. 15. « Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend. »

ART. 16. « En cas que les livres, dont la représentation est offerte, requise ou ordonnée, soient dans des lieux éloignés du tribunal saisi de l'affaire, les juges peuvent adresser une commission rogatoire au tribunal de commerce du lieu, ou déléguer un juge de paix pour en prendre connaissance, dresser un procès-verbal du contenu, et l'envoyer au tribunal saisi de l'affaire. »

Tout d'abord se présente une remarque essentielle : c'est qu'il doit être question d'opérations commerciales et non civiles. Car les articles que nous venons de transcrire se rapportent aux matières qui sont traitées dans le Code de commerce. Si donc l'opération est simplement civile, la représentation des livres ne peut être demandée, ni ordonnée d'office (1). Du moins, elle ne peut l'être qu'à l'égard de celui de la part duquel elle constitue un acte de commerce, soit qu'il les invoque en sa faveur, ou que son adversaire les invoque contre lui.

Mais il suffit que la contestation ait, par rapport à lui, un caractère commercial, et il est indifférent qu'elle ait été portée devant un tribunal civil ou un tribunal de commerce. Car la force probante des livres de commerce est indépendante de la nature de la juridiction saisie.

Nous observerons enfin que la faculté, pour l'une ou l'autre partie, d'en demander la communication, ou, pour le juge, de l'ordonner d'office, s'exerce également, soit qu'ils fassent une

(1) TOULLIER, T. 8, n° 381.

preuve complète pour ou contre le commerçant, conformément aux articles 12, C. comm., ou 1330, C. Nap., ou qu'ils autorisent seulement la délation du serment supplétif, conformément à l'article 1329, C. Nap.

L'ordonnance de 1673, titre 3, article 10, portait également qu'au cas qu'un négociant ou un marchand voulût se servir de ses livres, journaux et registres, ou que la partie offrît d'y ajouter foi, la représentation pouvait en être ordonnée pour en extraire ce qui concerne le différend.

Cette représentation des livres peut même être ordonnée dans le cas où il existerait un titre public ou privé contre celui dont on demande que les livres soient rapportés, ou contre celui qui en demande la représentation. Leur communication peut être utile, soit qu'ils confirment ou contredisent le titre invoqué, en établissant, par exemple, l'existence d'un payement ultérieur (1).

Elle est, au surplus, purement facultative de la part du juge, qui peut l'ordonner ou non, suivant les circonstances de la cause et la précision des allégations produites par les parties. Les termes de l'article 15 sont formels à cet égard; ils attribuent au juge, sur ce point, un pouvoir discrétionnaire.

Le demandeur peut lui-même offrir la représentation de ses livres, à l'appui de sa demande, comme le défendeur celle des siens, à l'appui de son exception, sans préjudice du droit pour l'un et pour l'autre, si l'opération est également commerciale, de demander la production des registres de son adversaire.

Ce n'est pas seulement des livres essentiels et indispensables que la représentation peut être demandée par les parties ou ordonnée d'office par le juge. Il en est de même des simples livres auxiliaires. Car, bien qu'ils ne fassent point foi comme les autres, ils peuvent fournir de précieux et utiles renseignements pour la décision de la cause, soit qu'ils confirment, expliquent ou contredisent les énonciations du livre

(1) TOULLIER, T. 8, nos 373 et 374. — PARDESSUS, *Droit commercial*, T. 1, no 259.

journal. Mais leur non communication ne fournirait, en cas que leur existence fût reconnue ou constatée, qu'un argument de fait contre la demande ou l'exception de la partie qui refuse de les représenter, si d'ailleurs elle produit ses livres indispensables régulièrement tenus.

Alors même qu'une partie demande la représentation des livres de commerce de son adversaire, avec offre d'y ajouter foi, le juge n'est pas tenu de l'ordonner. Il demeure investi à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire (1).

Mais si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie (17, C. comm.). Et il n'y a pas ici à distinguer entre les livres indispensables et les livres auxiliaires. Peu importe le caractère des livres dont la représentation a été ordonnée sur la demande de l'une des parties avec offre d'y ajouter foi. Le refus de les représenter constitue son adversaire en suspicion de mauvaise foi et de fraude, et autorise le juge à déférer le serment supplétif.

Mais ce n'est que dans le cas d'offre d'ajouter foi aux livres et de refus de les représenter, que le serment supplétif peut être déféré à l'autre partie. Si cette offre n'est pas faite, le refus de représentation n'autorise point la délation du serment d'office, sauf au juge à en tirer argument contre celui qui refuse de les communiquer. Mais si, d'ailleurs, et indépendamment de ce refus, les conditions exigées par l'article 1367 existent, il peut alors être déféré ; et même le refus de représenter les livres peut en autoriser la délation, pourvu qu'il constitue un commencement de preuve, par suite de l'appréciation qui en a été préalablement faite, d'après les faits de la cause.

12. L'article 1329, après avoir disposé que les registres des marchands ne font point preuve contre les personnes non

(1) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 684, n[te] 9. — Cass., 20 août 1818. SIREY, 19, 1, 236. — 4 fév. 1828. SIREY, 28, 1, 99. — 13 août 1833. SIREY, 33, 1, 614.

marchandes, ajoute ces mots : sauf ce qui sera dit à l'égard du serment. Quel est le sens de cette réserve? Si on l'applique au serment décisoire, elle n'a absolument aucun sens ; car ce serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (1358, 1360). Elle doit donc s'entendre de la faculté attribuée au juge de déférer à la partie qui représente ses livres de commerce le serment supplétif, pour en faire dépendre la décision de la cause ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation (1366). Tels étaient les principes de notre ancienne jurisprudence (1), et les rédacteurs du Code Napoléon ont entendu les maintenir (2).

Mais ce n'est pour le juge qu'une faculté dont il peut user ou ne pas user, suivant les circonstances. Il n'est point tenu, par cela seul que des livres de commerce régulièrement tenus sont représentés, de déférer le serment supplétif au commerçant demandeur. Il doit d'abord apprécier sa moralité, sa probité, ses habitudes, celles du défendeur, la nature et l'importance des fournitures prétendues, la vraisemblance des besoins allégués, la modicité ou l'exagération du compte, ses rapports avec la fortune et la position du défendeur, l'usage dans lequel sont les parties l'une de vendre et l'autre d'acheter au comptant ou à crédit, en un mot, toutes les circonstances qui établissent l'exactitude des livres et le fondement de la demande. Que si, au contraire, les faits de la cause, avec quelque régularité apparente que les livres soient tenus, fournissent des présomptions défavorables au demandeur, le juge doit, usant du pouvoir discrétionnaire qui lui est attribué à cet égard, se bien garder de lui déférer le serment supplétif,

(1) DUMOULIN, sur la loi 3, C. *De reb. credit.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 719.

(2) TOULLIER, T. 8, n° 368. — DURANTON, T. 13, n° 196. — PARDESSUS, *Droit commercial*, n° 257. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 682. — MALEVILLE, art. 1329. — MERLIN, Rép., v° *Preuve*, sect. 2, § 2, art 2, n° 5.

et rejeter immédiatement ses prétentions comme n'étant point justifiées.

13. Le serment supplétif ne peut, du reste, être déféré contre la partie non marchande qu'en ce qui concerne des fournitures à elle faites par le commerçant. Il ne saurait être déféré à l'occasion d'une obligation autre que celle résultant de marchandises fournies, alors même qu'étant mentionnée sur ses livres elle se référât à son commerce. La réserve exprimée dans l'article 1329 se rapporte, en effet, aux termes de sa disposition principale qui ne s'occupe que de fournitures; et, comme elle constitue en faveur du commerce une dérogation aux principes du droit commun, il convient de ne pas lui donner une extension qui ne résulte pas de ses termes précis. Mais quant aux fournitures portées sur les registres, le serment supplétif peut être déféré au commerçant, aussi bien sur le fait de la livraison que sur le prix des marchandises et le non payement de la dette.

Le serment ne pourra donc pas être déféré d'office au marchand lorsqu'il s'agira, soit de l'existence d'un prêt, du remboursement d'une dette, ou de toute autre obligation qui n'a pas pour cause des fournitures faites au non commerçant (1).

14. L'article 1329, en autorisant le juge à déférer au marchand demandeur le serment supplétif, en conséquence de la représentation de ses livres, ne dit point formellement que ces livres doivent être régulièrement tenus. On ne saurait douter, néanmoins, que leur régularité ne soit la condition essentielle de la délation du serment. Les dispositions de notre article se complètent, en effet, par celles de l'article 13, C. comm., suivant lesquelles les livres indispensables pour lesquels les formalités prescrites n'ont pas été observées, ne peuvent être représentés ni faire foi en justice, au profit de ceux qui les auront tenus. Si donc les livres produits ne sont point tenus régulièrement, ils sont insuffisants par eux-mêmes

(1) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 682, n° 2.

pour autoriser le juge à déférer d'office le serment supplétif (1), sauf à en motiver la délation sur d'autres éléments juridiques.

15. Lorsque le montant des fournitures prétendues se renferme dans les limites où la preuve testimoniale est admissible, le juge peut admettre la prétention du marchand demandeur, conformément aux principes généraux du droit quant à la preuve, en se décidant par les présomptions qui naissent des registres produits et des diverses circonstances de la cause, sans qu'il soit tenu de déférer au demandeur le serment supplétif. Et, dans ce cas, la preuve testimoniale et les simples présomptions étant supposées admissibles, il s'ensuit qu'il n'y a pas à distinguer si les registres du commerçant sont régulièrement ou irrégulièrement tenus.

Alors, au contraire, que le litige est de telle importance que la preuve testimoniale n'est pas admissible envers le défendeur, le juge ne peut, si la demande n'est pas d'ailleurs justifiée autrement que par les livres de commerce, adjuger les prétentions du demandeur sans lui avoir préalablement déféré le serment supplétif, soit pour en faire dépendre la décision du procès, ou pour déterminer le montant de la condamnation. Les livres ne font pas, en effet, preuve contre le défendeur, et autorisent seulement la délation du serment d'office.

16. Mais cette question se rattache elle-même à une autre question plus générale, qui est celle de savoir si les livres de commerce, régulièrement tenus, établissent un commencement de preuve par écrit au profit du marchand demandeur, de manière à rendre, conséquemment, admissibles la preuve testimoniale et les simples présomptions. Plusieurs auteurs (2) pensent que les livres de commerce ont cette efficacité. Telle était l'opinion des auteurs sous notre ancien droit qui, du

(1) TOULLIER, T. 8, n° 368.
(2) TOULLIER, T. 8, n° 369, et T. 9, n° 70.—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 682.

reste, ne donnait point, comme le Code Napoléon, la définition du commencement de preuve par écrit (1). D'autres, au contraire (2), et, à notre sens, avec beaucoup plus de raison, soutiennent qu'ils permettent seulement au juge de déférer d'office le serment supplétif à la partie demanderesse.

Voici l'argumentation des premiers : ils disent (3) que, si la loi permet expressément de déférer au marchand demandeur le serment supplétif à l'appui de ses livres, lorsqu'il existe en leur faveur vraisemblance et présomption de bonne foi, on doit en conclure qu'elle permet implicitement, par une raison *a fortiori*, l'admission de la preuve testimoniale, *in coadjuvationem scripturæ*, à l'appui de l'écriture; car, admettre le témoignage du demandeur ou son serment pour décision dans sa propre cause, c'est infiniment plus que de lui permettre d'invoquer le témoignage de personnes étrangères et désintéressées, témoignage qui ne lie point les juges, et qui peut, d'ailleurs, être balancé par les témoins que le défendeur est toujours en droit de faire entendre. Or en permettant le plus, la loi est toujours censée permettre le moins. On peut enfin ajouter que le juge ne pouvant déférer le serment d'office que sous ces deux conditions, 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée, 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuve, il suit nécessairement de la faculté qui lui a été accordée par l'article 1329, que le législateur n'a pas considéré comme totalement dénuée de preuve la demande dont un commerçant établit le fondement par ses propres registres; qu'au contraire, il a considéré ces registres, pourvu qu'ils soient régulièrement tenus, comme constituant un commencement de preuve qui ne peut être que d'une preuve écrite.

Cette argumentation est plus spécieuse qu'exacte; car la

(1) Voy. DUMOULIN, *Comm.*, liv. 4, tit. 1, *in Cod.*—DANTY, sur BOICEAU, P. 2, ch. 8. — JOUSSE, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 3. — POTHIER, *Oblig.*, n° 772.

(2) Annotateurs de Zachariæ, *ibid.*, n^te 3.—BONCENNE, *Procédure civile*, T. 4, pag. 184. — BONNIER, n° 633. — MARCADÉ, art. 1330, n° 2.

(3) Voy. TOULLIER, T. 9, n° 70.

conclusion que tirent les auteurs dont nous combattons l'opinion, ne résulte point nécessairement du principe posé par le législateur. De ce qu'il autorise la délation du serment supplétif, il ne s'ensuit point qu'il ait considéré les livres de commerce comme établissant immédiatement, contre les personnes non marchandes, un commencement de preuve écrite, qui permet l'admission de la preuve testimoniale ou de simples présomptions.

Le principe est, en effet, que les livres de commerce, même régulièrement tenus, ne font point preuve dans ce cas; et, si le juge a la faculté de déférer le serment d'office au demandeur, ce n'est là qu'une exception aux règles générales du droit commun. Or, toute exception doit être strictement renfermée dans ses termes. Pour décider le contraire, il faudrait, ce qui n'est pas, que le législateur eût expressément déclaré que les livres de commerce constituent, au profit du demandeur qui les représente en justice, un commencement de preuve par écrit.

Il a sans doute reconnu dans leurs énonciations certains éléments de vraisemblance et de présomption; mais il y a loin de là à un commencement de preuve écrite, tel que le caractérise l'article 1347. La loi n'appelle ainsi que les actes émanés de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rendent vraisemblable le fait allégué. Or, les livres de commerce, considérés sous le rapport de leur force probante, ne rentrent point dans les termes de cette disposition, puisqu'ils émanent seulement de celui qui s'en prévaut à l'appui de ses prétentions. Que si, toutefois, ils sont considérés comme rendant vraisemblable le fait des fournitures prétendues, à l'égard des personnes non commerçantes, ce n'est que pour autoriser le juge à déférer au demandeur le serment d'office; et ils ne sont point investis pour cela, à quelque point de vue qu'on les apprécie, de l'autorité probante qui s'attache à un commencement de preuve par écrit proprement dite. Nous reconnaissons que les termes de l'article 1347 ont un tel caractère de généralité, que la définition qu'ils con-

tiennent est, en quelque sorte, illimitée, en ce sens que tout acte, quels que soient sa nature et son caractère, peut constituer un commencement de preuve écrite. Mais elle est, au contraire, parfaitement limitée et restreinte, en ce sens que cet acte doit émaner de la personne contre laquelle la demande est formée. Les dispositions de l'article 1347 repoussent ainsi elles-mêmes les conséquences que l'on entend tirer de l'article 1329.

Quant à l'argument tiré du plus au moins, c'est-à-dire des inconvénients et des dangers du serment supplétif comparés à ceux des témoignages oraux et des simples présomptions, il s'en faut beaucoup qu'il soit concluant. Il n'est, en effet, à tout prendre, qu'une critique de l'article 1329, et l'on oublie, dans la conclusion que l'on en déduit, que, si le législateur a le pouvoir arbitraire d'édicter une disposition, le juge n'a pas le même pouvoir dans l'interprétation et l'application de la loi.

17. Si la partie aux livres de laquelle la personne non marchande offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge n'a qu'à rejeter immédiatement sa demande, sans qu'il ait à déférer le serment d'office à aucune des parties; au demandeur, parce qu'il ne le peut que sur la représentation de ses livres régulièrement tenus; au défendeur, parce qu'il n'existe aucune sorte de preuve ni de présomption contre lui.

Mais si les livres étaient représentés et qu'ils fussent tenus régulièrement, la partie non marchande qui a déclaré s'en rapporter d'avance à leurs énonciations, devrait être condamnée, par suite de cette reconnaissance anticipée, et sans qu'il fût besoin de déférer au demandeur le serment supplétif.

Elle pourra néanmoins, bien qu'elle ait offert d'y ajouter foi, être admise à prouver que les livres ont été faits, revus et amendés frauduleusement pour le besoin de la cause; et cette preuve faite entraînerait le rejet de la demande pour tous les articles dont la sincérité ne serait pas légalement établie.

Mais lorsqu'une partie a offert d'ajouter foi aux livres de son adversaire, sans subordonner sa confiance à aucune condition

expresse ou tacite de leur régularité, il est indifférent qu'ils soient régulièrement ou irrégulièrement tenus; il suffit qu'aucune circonstance n'établisse la fausseté ou la fraude de leurs énonciations. Leur irrégularité seule est alors insuffisante pour rendre inefficace l'offre d'y ajouter foi.

Cette offre peut même, dans certains cas, valoir comme commencement de preuve par écrit, qui autorise le juge à la compléter par témoignages ou par présomptions. Car elle émane de la partie contre laquelle la demande est formée, et, d'autre part, elle peut, suivant les circonstances de la cause, rendre vraisemblable le fait allégué.

18. Si les livres des marchands ne font point preuve à leur profit, excepté entre commerçants, pour faits de leur commerce respectif, ils font cependant preuve contre eux (1330). Ils sont, par l'effet d'une présomption toute naturelle, censés ne porter sur leurs registres les articles qui les constituent débiteurs que parce qu'ils sont sincères et exacts.

Et, comme la loi n'établit à cet égard aucune distinction, ils font foi contre eux, en faveur de commerçants ou de non commerçants, soit que leurs énonciations se réfèrent à des opérations et conventions commerciales ou civiles, à des obligations qui ont une cause autre que des achats, ventes ou livraisons de marchandises.

Ces énonciations ne laissent pas de faire foi contre eux, bien qu'elles émanent d'une main étrangère, même de celui qui s'en prévaut (1), s'il est constant que le livre représenté est bien le leur, et que, suivant une présomption toute naturelle, les mentions dont s'agit y ont été inscrites par leur ordre, sous leur approbation, de leur aveu et consentement.

Il importe même peu que les livres soient régulièrement ou irrégulièrement tenus. Ils ne cessent pas de faire preuve contre eux. Autrement, ils se feraient un titre de leur faute et de leur négligence (2).

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 723.—Bourges, 14 juill. 1851. SIREY, 51, 2, 737.

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 683. — DURANTON, T. 13, n° 198. — Rouen, 23 mai 1825. SIREY, 26, 2, 6.—Cass., 7 mars 1837. SIREY, 37, 1, 910.

19. Cette preuve, du reste, peut être détruite par la preuve contraire. Mais c'est à eux qu'incombe la charge d'établir que les énonciations consignées sur leurs livres sont le résultat d'une erreur ou d'une inadvertance. Et cette preuve peut être administrée soit au moyen de titres, de témoins ou de présomptions.

20. Lorsque les livres des marchands sont invoqués contre eux, la foi qui leur est due est indivisible. Celui qui veut en tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à ses prétentions (1330), soit qu'ils aient été tenus régulièrement ou non (1). Leurs énonciations constituent, en effet, de la part du marchand demandeur ou défendeur, un aveu qui ne peut être divisé contre lui, à raison de la foi indivisible due à l'écriture (2).

21. Il arrive fréquemment que les marchands font signer sur leurs livres, après règlement de compte et relevé des divers articles, les personnes auxquelles ils ont fait des fournitures. Il y existe alors, de la part de ces dernières, une véritable promesse qui, pour être valable, doit être assortie d'un *bon pour* ou *approuvé*, suivant les dispositions de l'article 1326, à moins que le signataire ne soit dans le cas de l'une des exceptions prévues par le même article.

ARTICLE 1331.

Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre lui, 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un payement reçu; 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation.

(1) TOULLIER, T. 8, n° 388.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 723.

Sommaire.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1331 s'occupe de la foi due aux registres et papiers domestiques. Mais il faut d'abord se fixer sur le sens de ces expressions.

Le mot registre a par lui-même un sens suffisamment clair. Mais les termes, papiers domestiques, ont en apparence une signification très générale qu'il importe de préciser. Il ne faut point entendre par là toute sorte de papiers sur lesquels le père de famille aurait consigné et relaté les actes, faits et conventions se rapportant à son administration domestique. Le mot, registre, qui précède ceux de papiers domestiques, doit servir à en déterminer le sens. Ils expriment donc les livres, cahiers, tablettes, notes, quelles qu'en soient la forme et la tenue, qui, sans constituer des registres proprement dits, s'en rapprochent néanmoins par une destination semblable. Quel que soit donc le nom qu'on leur donne, si le père de famille est dans l'habitude d'y inscrire et relater les actes et opérations

qui concernent la gestion de ses affaires privées; si, par la régularité et la suite de leur rédaction, la consistance de leur format, le soin apporté à leur conservation, ils sont véritablement destinés à garder le souvenir des actes de son administration, et à le mettre à même de s'en rendre compte, alors ils doivent être classés parmi les papiers domestiques, dans le sens que la loi attache ici à ces expressions. Mais telles ne sont pas les simples feuilles volantes, dont nous nous occupons plus loin (1).

2. Avec quelque régularité qu'ils soient tenus, les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits (1331), soit pour établir sa libération ou l'existence d'une créance à son profit. Les dispositions de notre article sont ainsi l'expression de la règle que nous avons déjà rappelée, que nul ne peut se faire, par sa propre écriture, un titre à soi-même.

Elles sont en même temps conformes à celles de l'article 1329, relatives aux registres des marchands à l'égard de personnes non marchandes. Mais, à la différence de celui-ci, il ne contient aucune réserve concernant la délation du serment supplétif; et, du silence de la loi sur ce point, il résulte que le juge n'est point autorisé à déférer le serment d'office à celui qui invoque des registres et papiers domestiques, quelque réguliers qu'ils soient (2).

Quant à leur inefficacité comme moyen de faire titre en faveur de celui qui les a écrits, il n'y a aucune distinction à faire, suivant leurs qualités, entre les personnes à qui ils sont opposés, à moins qu'il ne s'agisse de réclamations de la part de domestiques ou d'ouvriers. Ils font alors preuve de la libération du maître, puisqu'il est cru, sur son affirmation, pour la quotité des gages, pour le payement du salaire de l'année

(1) Toullier, t. 8, n° 399. — Bonnier, n° 604.
(2) Toullier, t. 8, n° 400. — Duranton, t. 13, n° 621. — Cass., 2 mai 1810. Sirey, 10, 1, 246.

échue et pour les à-comptes donnés pour l'année courante (1781).

3. Mais les registres et papiers domestiques ne doivent-ils pas au moins faire foi contre celui qui les a écrits? Ici encore l'article 1331 diffère de l'article 1330. Suivant ce dernier article, les livres des marchands font preuve contre eux. Au contraire, les registres et papiers domestiques font foi contre celui qui les a écrits, seulement dans les deux cas que nous allons examiner :

1° Dans tous les cas où ils expriment formellement un payement reçu (1331), c'est-à-dire lorsque leurs mentions tendent à la libération du débiteur de celui qui les a écrits; car ce mot, payement, doit être pris dans son sens le plus général (1);

2° Lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation (1331).

Cette dernière disposition a été également empruntée à Pothier (2), dont l'opinion n'a point été, d'ailleurs, adoptée tout entière par les rédacteurs du Code Napoléon. En effet, après avoir distingué, avec Boiceau (3), le cas auquel les mentions des registres et papiers domestiques tendent à obliger envers quelqu'un celui qui les a écrits, et le cas auquel elles tendent, au contraire, à libérer le débiteur, il ajoute : « Dans le premier cas, par exemple, si j'ai écrit sur mon journal ou sur mes tablettes que j'ai emprunté vingt pistoles de Pierre, Boiceau pense que si cette reconnaissance, faite sur mon journal ou sur mes tablettes, est signée de moi, elle fait une preuve complète de la dette contre moi et mes héritiers; et que si elle n'est pas signée, elle ne fait qu'une semi-preuve, qui doit être fortifiée de quelque indice.

» Je trouve plausible cette distinction de Boiceau ; mais,

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 724. — TOULLIER, T. 8, n° 402.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 724.
(3) *De la preuve*, P. 2, ch. 8, n° 14.

par une autre raison que celles qu'il a alléguées, lorsque la note que j'ai faite de l'emprunt sur mon journal n'est pas signée, cette note ne paraît faite que pour me rendre compte à moi-même, et non pour servir au créancier de preuve du prêt qu'il m'a fait; ce créancier n'ayant pas de billet, la présomption est qu'il me l'a rendu lorsque je l'ai payé, et que, me trouvant assuré par la restitution qui m'a été faite de mon billet, j'ai négligé de barrer cette note, et de faire mention du payement que j'avais fait. Mais lorsque j'ai signé cette note, ma signature indique que j'ai fait cette note dans l'intention qu'elle servît au créancier de preuve de sa créance; elle doit donc lui en servir.

» Quoique je n'aie pas signé la note, si j'ai d'ailleurs déclaré ou fait connaître que je la faisais pour qu'elle servît de preuve du prêt, dans le cas auquel je serais prévenu par la mort; comme lorsque j'ai déclaré, par cette note, que celui qui m'avait fait le prêt n'avait pas voulu recevoir de billet de moi; la note, dans ce cas, quoique non signée, doit faire une preuve de la dette contre moi et mes héritiers. »

Ainsi s'exprime Pothier, et l'on voit déjà combien son opinion diffère des dispositions de l'article 1331. En effet, alors même que la note est signée, si elle ne contient pas la mention expresse qu'elle est destinée à suppléer le défaut du titre, elle ne peut valoir comme preuve complète. Il suffit que le législateur moderne n'ait pas reproduit l'opinion contraire de Pothier, pour qu'il soit censé, par cela même, l'avoir repoussée. Il ne faut pas perdre de vue enfin que nous sommes ici en présence de dispositions exceptionnelles (1).

4. Si le registre doit contenir la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre, il n'y a point de termes sacramentels exigés (2).

Il est ensuite indifférent qu'elle exprime ou non la raison

(1) Duranton, t. 13, n° 206. — Zachariæ, t. 5, pag. 685, n° 3.
(2) Duranton, t. 13, n° 206.

pour laquelle il n'existe point de titre. Et, sous ce rapport encore, il y a une notable différence entre les dispositions du Code et l'opinion de Pothier, qui semble, par les cas qu'il cite, vouloir que le motif du défaut de titre soit exprimé dans l'annotation.

5. Telles sont les conditions sous lesquelles foi est due aux registres et papiers domestiques. La foi qui leur est due est, comme on voit, fort limitée, à raison même de la nature des écrits auxquels elle s'applique. Car leur destination n'est point de fournir un titre à des tiers contre celui qui les tient dans son intérêt exclusivement personnel. Ce n'est donc que dans des cas exceptionnels et tout spéciaux qu'ils sont investis de quelque force probante.

Si, par exemple, ils ne contenaient pas la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre, ils ne pourraient alors fournir qu'un commencement de preuve par écrit, qui autorise bien l'admission de la preuve testimoniale et des simples présomptions (1), mais qui a besoin d'être complété par elles (2).

6. Hors les deux cas spécialement prévus par l'article 1331, les registres et papiers domestiques ne peuvent faire foi des faits qu'ils relatent. Ainsi, ils sont insuffisants pour établir une obligation au profit de celui qui les a écrits, alors même qu'ils constatent la libération du débiteur, et que c'est dans les énonciations relatives au payement reçu que le créancier prétendu cherche la preuve de son droit. Tel est le cas où, sur une demande en reddition de compte, le défendeur produit ses registres et fonde sur eux une demande reconventionnelle. S'ils font foi contre lui, en tant qu'ils constatent la libération du demandeur, ils ne forment point titre à son profit, de manière à le constituer créancier. Et, voulût-on assimiler à un aveu indivisible la production de ses registres, cet aveu,

(1) TOULLIER, T. 8, n° 403.
(2) Cass., 27 avril 1831. SIREY, 31, 1, 277.

qui se borne à l'objet de la demande, ne saurait former en sa faveur un titre de créance (1).

7. Ici se présente une question plus délicate. On sait que le payement d'une partie du capital, des intérêts ou des arrérages, contient reconnaissance de la dette et interrompt la prescription. Or, si le débiteur duquel le créancier a négligé de retirer des contre-quittances dénie les payements qu'on lui oppose comme actes interruptifs de la prescription, son adversaire sera-t-il admis à se prévaloir des notes mises sur ses registres et papiers domestiques, et à prétendre que, faisant foi contre lui de la libération du débiteur, ils font preuve contre ce dernier de l'interruption de la prescription? Nous ne croyons pas que cette prétention soit aujourd'hui fondée.

Il est vrai que notre ancienne jurisprudence admettait l'interruption résultant de la mention des payements effectués sur les seuls registres et papiers domestiques du créancier, à moins que le débiteur à qui ils étaient opposés ne prouvât que ces énonciations avaient été mises faussement et par fraude, pour écarter la prescription (2). Voici la raison qu'en donne le président Favre (3) : Ces sortes d'écrits prouvent, en effet, dit-il, principalement et directement le payement reçu contre celui de qui ils émanent. Conséquemment, ils font preuve en faveur de ce dernier de l'interruption de la prescription, qui est plutôt de droit que de fait. Or, beaucoup de choses sont permises par voie de conséquence, qui ne le sont point directement et par elles-mêmes.

Quant à Dunod, il rattache son opinion surtout à des considérations d'équité. « Comment, dit-il, et par qui se prouvera le payement des arrérages, si le débiteur le nie (4)? C'est une

(1) Cass., 16 déc. 1833. SIREY, 34, 1, 123.

(2) FAVRE, C. liv. 7, T. 13, déf. 24. — DESPEISSES, T. 1, pag. 443. — DUNOD, *Prescript.*, pag. 171 et 172. — MERLIN, Rép., v^is *Interruption de prescription*, n° 8.

(3) *Ibid.*

(4) Pag. 171.

négative qui ne demande aucune preuve ; le créancier sera donc chargé de prouver le payement. Rien n'est plus difficile, car les payements des intérêts de rentes et des prestations annuelles se font souvent en secret. Le créancier donne sa quittance, et ne se fait point donner d'assurance du payement. Il est bien juste de lui accorder quelque faveur dans ces circonstances, et de ne pas user contre lui de la rigueur des lois. Dans cette rigueur, le livre de raison du créancier, qui porte les payements qu'il a reçus, ne devrait pas les prouver. L'on admet cependant cette preuve par équité, lorsqu'il s'agit seulement d'empêcher la prescription, qu'il conste de la dette, que le créancier est homme de probité, et particulièrement si l'on ne se sert de son livre de raison qu'après sa mort, arrivée avant la prescription prétendue acquise. »

Tels étaient les principes de notre ancienne jurisprudence, et ce serait par eux qu'il faudrait aujourd'hui décider les questions se rattachant à des faits antérieurs au Code Napoléon.

Quant à la loi nouvelle, elle ne nous paraît pas les avoir consacrés. En effet, bien que les registres et papiers domestiques puissent, dans leurs énonciations constatant un payement reçu, être opposés par le débiteur à celui qui les a écrits, néanmoins si le créancier invoquait ce payement, dénié par le débiteur, pour en induire une reconnaisance interruptive de la prescription, il se ferait en réalité un titre de ses propres écrits, et violerait ainsi les dispositions de l'article 1331. Leurs énonciations, bien loin de tourner à la libération du débiteur, seul cas où elles puissent faire preuve, tendraient, au contraire, à son obligation, et, au lieu de faire foi contre le créancier, fourniraient une preuve en sa faveur.

Vainement le président Favre cherche à éluder ce résultat, si manifestement contraire à l'esprit de la loi, en disant que bien des choses sont permises par voie de conséquence, qui ne le sont point directement et par elles-mêmes. Ce principe est vrai, mais seulement dans le cas où le résultat indirect auquel on arrive ne contient aucune violation de dispositions restrictives ou prohibitives. Or, tel n'est point le cas où nous

sommes placé; car la conséquence à laquelle on est conduit par l'application de ce principe, viole la disposition principale de la loi, en autorisant le créancier à se faire un titre à son profit, d'une énonciation qui ne peut faire titre qu'en faveur du débiteur, comme preuve de sa libération. Il convient donc d'appliquer ici le principe contraire, qu'on ne peut faire indirectement ce que la loi défend de faire directement.

Quant aux considérations d'équité invoquées par Dunod, il est d'abord permis d'y répondre par les dangers de la fraude et de la mauvaise foi. Car rien n'est plus facile au créancier que de se créer après coup une reconnaissance interruptive de la prescription, en sacrifiant une partie de sa créance, sous forme et sous prétexte d'à-compte reçu, soit sur le capital, les intérêts ou arrérages. Ces prétendues raisons d'équité sont d'ailleurs bien peu considérables. Outre les moyens ordinaires et si nombreux d'interruption, le créancier peut en effet, soit exiger un titre nouvel s'il s'agit d'une rente, soit retirer du débiteur des contre-quittances, soit enfin exercer contre lui une simple action en reconnaissance de la dette (1).

8. On comprend que, sous notre ancien droit, les livres et registres des hospices et communautés suffisaient comme les registres et papiers domestiques, et même à plus forte raison, pour faire preuve contre le débiteur des payements d'arrérages de rente qui y étaient mentionnés. Il ne paraissait pas vraisemblable que le receveur se fût chargé en recette de sommes qui ne lui auraient pas été réellement payées. Pothier (2) atteste que telle était la jurisprudence du Châtelet d'Orléans; mais en disant qu'elle lui paraît raisonnable, il ajoute que, néanmoins, elle n'est pas sans difficulté.

Les lois intermédiaires n'ont rien changé à ces principes. La loi du 28 mars 1790, titre 3, article 3, déclare, en effet,

(1) TROPLONG, *Prescript.*, n° 621. — VAZEILLE, *Prescript.*, n° 215. — Cass., 11 mai 1842. SIREY, 42, 1, 719.
(2) *Rente*, n° 164.

que les contestations relatives à l'existence ou à la quotité des droits énoncés dans l'article 1, seront décidées d'après les statuts, coutumes et règles observés jusqu'alors ; et la loi du 28 floréal an III, les a consacrés par les articles 1 et 3 d'une manière plus formelle, en disposant que l'existence du droit pouvait être justifiée par des indications résultant des registres, sommiers et carnets, appuyés de simples indices tirés de quelques actes publics. Nul doute donc que, pour les rentes anciennes, les registres des receveurs des hospices et communautés ne puissent être invoqués comme constatant les payements d'arrérages énoncés, faits antérieurement au Code Napoléon, et comme établissant, par suite, une reconnaissance interruptive de la prescription (1).

Mais en est-il de même quant aux énonciations de payements postérieurs à la promulgation de nos Codes? Le Code Napoléon n'a-t-il apporté aucune modification aux anciens principes? On ne saurait douter que le législateur moderne ne les ait repoussés, et il n'en faut point d'autre preuve que son silence même. Notre ancienne jurisprudence sur ce point étant fondée sur des maximes contraires aux règles générales, il suffit que le Code n'ait point formellement consacré une semblable exception en faveur des corporations et communautés, pour qu'elles se trouvent aujourd'hui placées, de même que les simples particuliers, quels qu'ils soient, sous l'empire du droit commun.

Il n'y a même lieu de fonder aucune distinction sur la qualité de la personne chargée de recevoir et de constater les payements. S'agit-il d'un receveur, économe, trésorier, percepteur (peu importe le nom), revêtu d'un caractère public, soit que ses fonctions lui aient été directement conférées par l'autorité, ou qu'il ait été désigné ou nommé par le conseil d'administration de l'établissement; sa gestion est-elle soumise à un contrôle particulier ou aux règles générales de la

(1) Cass., 24 mai 1832. SIREY, 32, 1, 439. — *Contrà*, Bourges, 26 août 1839. SIREY, 42, 1, 534.

comptabilité publique ; dans ce cas même, on ne peut dire que ses livres et registres, pourvu qu'ils soient régulièrement tenus, font foi des payements qu'ils énoncent pour et contre le débiteur, soit qu'il les oppose comme preuve de sa libération, ou qu'on les invoque contre lui comme preuve d'une reconnaissance interruptive de la prescription. De semblables registres, bien qu'émanés d'un fonctionnaire ou d'un agent public, doivent, par rapport aux tiers, être assimilés à des livres et papiers domestiques dont la tenue n'est soumise à aucun contrôle, et où l'intérêt personnel a une part exclusive.

Tels sont les registres des receveurs des communes, hospices ou bureaux de bienfaisance, des trésoriers des fabriques (1) et autres établissements publics.

S'agit-il, au contraire, de corporations, communautés laïques ou religieuses, administrant elles-mêmes leurs finances par des agents étrangers ou pris dans leur sein, sans autre contrôle que celui qu'elles exercent elles-mêmes, conformément à leurs statuts particuliers, approuvés ou non par l'autorité publique ; dans ce cas, les livres et registres de leurs receveurs ou administrateurs ne font, plus évidemment encore, jamais foi que comme registres et papiers domestiques. Ils n'émanent, en effet, que d'agents, de mandataires privés, sans aucun caractère public, et qui, pour être chargés de la gestion d'un corps moral, n'en représentent pas moins un intérêt purement individuel.

Il est vrai que, pour soutenir le contraire, on prétend qu'il n'est pas présumable qu'ils se soient chargés en recette de sommes qui ne leur auraient pas été réellement versées ; que, bien loin d'avoir un intérêt quelconque à énoncer des faits faux, ils sont, au contraire, personnellement intéressés à ne constater que la vérité sur leurs registres. Ces raisons manquent de portée. On pourrait les appliquer au père de famille lui-même, en disant que, ses livres domestiques faisant foi contre lui des payements qu'ils énoncent, il a intérêt à n'y

(1) TOULLIER, t. 9, n° 103.

mentionner que des recettes réellement effectuées. On pourrait les appliquer surtout, avec tout autant de raison, au gérant, au mandataire d'un simple individu. Ainsi généralisées, ces considérations perdent évidemment toute leur force ; car elles vont directement contre les dispositions de la loi.

Mais au fond elles pèchent de vérité. Un receveur, un administrateur, ne peut-il pas, en effet, mentionner faussement des payements prétendus sur ses livres de recettes, afin de masquer sa propre négligence et d'échapper à la responsabilité encourue ? N'a-t-il pas alors intérêt à faire revivre une créance prescrite, au prix même du léger sacrifice qu'il fait des à-comptes portés en recette ? Le plus souvent même ne lui en est-il pas fait remise ? Les annales judiciaires n'ont offert que de trop fréquents exemples de ces fraudes pieuses, œuvres d'iniquité collectives, qui semblent n'engager particulièrement personne, et dans la consommation desquelles leurs auteurs ne voient que le moyen, consacré d'ailleurs par la sainteté de l'intention, de se rendre eux-mêmes plus sûrement justice, en déchargeant à la fois la conscience de leurs prétendus débiteurs. Il ne suffirait pas que le jurisconsulte dénonçât de pareilles fraudes à la conscience publique, s'il n'en démontrait en même temps l'impuissance (1).

9. A la différence des livres de commerce, les registres et papiers domestiques doivent, pour faire preuve en justice, être écrits de la main du père de famille. Dans les deux cas mêmes où ils sont admis comme faisant foi des faits qu'ils relatent, si leurs énonciations sont écrites de la main d'un tiers étranger, fût-il le fils ou la femme de celui à qui on les oppose, ils cessent de faire foi (2). « En déclarant que les registres et papiers domestiques, dit la Cour de cassation (3), ne font point un titre pour celui qui les a écrits, mais qu'ils font foi contre lui, lorsqu'ils énoncent formellement un payement reçu,

(1) TOULLIER, T. 9, n° 103.
(2) DURANTON, T. 13, n° 205. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 685.
(3) 9 nov. 1842. SIREY, 43, 1, 704.

l'article 1331 fait clairement entendre que la force de preuve qu'il attache à ces registres et papiers, contre celui à qui on les oppose, n'existe qu'autant que les énonciations de payement qu'on y trouve sont écrites de sa main. » Et, hors ce cas, elles ne valent même pas comme commencement de preuve par écrit.

Du reste, ils sont censés émanés de lui s'ils sont écrits par un intendant, un gérant, un administrateur, un mandataire chargé de leur rédaction. Si même ils sont écrits partie de sa main, partie de celle d'un tiers, on doit supposer que celui-ci n'a été que l'agent, le représentant du premier. Il convient, en effet, de tenir compte, en pareille circonstance, des habitudes du père de famille et des faits particuliers de la cause. Si, par exemple, le papier non écrit de sa main a été trouvé réuni, enliassé avec d'autres émanés de lui, cette circonstance établit en sa faveur une présomption très forte de mandat ou de ratification de son écriture. Il en serait autrement s'il avait été trouvé seul, isolé, dans un lieu autre que celui où le père de famille avait l'habitude de renfermer ses registres et papiers domestiques.

10. Quelle sera la valeur des énonciations qui y sont écrites, si elles sont biffées, raturées, cancellées? Une distinction doit être faite. Les registres et papiers domestiques constatent-ils un payement reçu, tendent-ils à établir la libération du débiteur, ils ne laissent pas de faire foi contre celui qui les a écrits, comme si l'écriture en était demeurée intacte. C'est qu'il ne doit pas être au pouvoir du créancier ou de ses héritiers de détruire la preuve acquise au débiteur de sa libération (1).

Mais s'il s'agit d'une annotation, avec mention expresse qu'elle est destinée à suppléer le défaut du titre en faveur du créancier, elle cesse d'avoir aucune valeur, lorsqu'elle est biffée et barrée. Elle établit, dans ce cas, ou que l'engagement est resté imparfait, ou qu'il a été acquitté depuis. Le prétendu

(1) DURANTON, T. 13, n° 208. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 686.

créancier, en s'en rapportant à la bonne foi du débiteur du soin de constater la créance sur ses livres et papiers domestiques, s'en est, par cela même, également remis à sa discrétion, quant à la manière d'établir sa libération personnelle (1).

Dans tous les cas, si l'écriture était biffée, raturée, de manière qu'elle se trouvât entièrement illisible, elle n'aurait forcément aucune espèce d'efficacité. Seulement, la partie qui prétendrait avoir à se plaindre de ce que cette écriture a été ainsi rendue illisible, pourrait en tirer argument contre son adversaire, et en inférer une présomption de fait en sa faveur, dans tous les cas où les simples présomptions sont admissibles comme moyens légaux de preuve.

A ce sujet, nous observerons, avec les auteurs, combien il est imprudent, de la part du débiteur, de se contenter, pour preuve de sa libération, d'une simple annotation sur les registres et papiers domestiques de son créancier, puisqu'il est au pouvoir de ce dernier de la rendre complètement inefficace (2).

11. Bien que la loi déclare que les registres et papiers domestiques font preuve, dans certains cas et sous certaines conditions, des faits qui y sont énoncés, ce n'est pas cependant que celui à qui on les oppose ne puisse établir aucune preuve contraire à leurs énonciations, soit au moyen de témoins, soit à l'aide de présomptions simples. De pareils écrits ne sont point de la classe de ceux contre et outre la teneur desquels une semblable preuve soit interdite. Ils font preuve seulement en ce sens que la partie qui s'en prévaut n'a aucune autre preuve à administrer, et qu'ils forment en sa faveur un titre parfait sur lequel le juge peut fonder la condamnation de son adversaire. Mais ce dernier peut toujours en établir l'inexactitude ou la fausseté, en fournissant la preuve de ses allégations contraires, à l'aide de témoins ou de présomptions, indépen-

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 724. — Duranton, t. 13, n° 207. — Zachariæ, t. 5, pag. 686. — Marcadé, art. 1331, n° 2.

(2) Duranton, t. 13, n° 208. — Zachariæ, *ibid.*

damment de tout commencement de preuve par écrit (1).

Ainsi, bien que la mention formelle d'un payement reçu continue à valoir, quoiqu'elle soit cancellée et raturée, le propriétaire des registres et papiers domestiques, où elle est relatée, pourra établir, par témoins ou par présomptions, qu'il n'a point reçu en réalité de payement, et que cette énonciation, dont son débiteur s'empare comme d'une preuve de libération acquise en sa faveur, est le résultat de l'erreur, de l'inadvertance, de la précipitation; et il pourra invoquer, comme première présomption de fait à l'appui de ses prétentions, cette circonstance qu'elle se trouve biffée et barrée.

12. Le Code Napoléon n'a point, comme le Code de commerce, en ce qui concerne les livres des marchands, de disposition formelle qui autorise les parties à demander, ou le juge à ordonner d'office la représentation des registres et papiers domestiques. Faut-il en conclure que cette représentation ne peut être ni demandée, ni ordonnée? Plusieurs auteurs (2) se sont élevés contre cette conséquence, et ont soutenu que la partie qui peut invoquer les registres domestiques de son adversaire est, par cela même, autorisée à les faire représenter, lorsque leur existence est établie, sans quoi la loi serait imparfaite.

Il est vrai que les lois romaines contenaient en ce sens des règles formelles; *non est novum a quo petitur pecunia implorare rationes creditoris, ut fides veri constare possit* (3); il n'est pas nouveau que le défendeur à qui l'on demande une somme d'argent réclame la communication des livres du créancier pour y puiser la preuve de la vérité. Les lois romaines obligeaient donc le créancier à représenter ses livres domestiques, et, s'il s'y refusait, sa demande pouvait être rejetée au moyen

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 690.

(2) Toullier, t. 8, n° 404. — Duranton, t. 13, n° 210. — Marcadé, art. 1331, n° 6.

(3) L. 5, C. *De edendo.*

de l'exception de dol, *doli exceptione submoveri* (1). Il y avait, toutefois, cette différence entre la position du demandeur et celle du défendeur, que si, quant au dernier, l'équité voulait qu'il pût demander la représentation des livres du demandeur, celui-ci n'était point également autorisé à la réclamer, parce qu'il ne peut fonder le principe de sa demande sur les registres et titres du défendeur (2). Et c'est de là, sans doute, que vient cette maxime : *Nemo cogitur edere contrà se;* nul ne peut être régulièrement contraint de produire contre soi les titres qu'il a en sa possession (3), ainsi que cet autre axiome : *Actor reo, non reus actori edit;* le demandeur communique au défendeur, et non celui-ci au premier.

Mais ces dispositions, appropriées aux mœurs et aux usages des Romains, ne sauraient aujourd'hui entrer dans notre législation française, qui, ne prescrivant point la tenue de registres domestiques, n'en fait, quand ils existent, que des titres tout personnels à celui qui les a écrits. On prétendrait vainement rattacher les règles du droit romain, à cet égard, aux principes supérieurs d'équité naturelle qui doivent toujours servir de complément au droit. Elles ne constituent, en effet, à proprement parler, que des règles de procédure qui se rapportent à la manière de prouver les engagements. Le silence du Code Napoléon sur ce point équivaut donc à la prohibition absolue du droit, pour les parties, de demander la représentation des registres domestiques, et de la faculté, pour le juge, de l'ordonner d'office. Il n'y a enfin aucune distinction à faire entre le cas où c'est le défendeur qui la demande pour y trouver la mention du payement qu'il allègue, et celui où c'est le demandeur qui la réclame pour y puiser l'énonciation qui, suivant lui, est destinée à suppléer en sa faveur le défaut de titre (4). Ainsi, il ne suffit pas de dire, comme la Cour de cassation, que les juges ne sont pas tenus d'en ordonner la repré-

(1) L. 8, C. *De edendo.*
(2) L. 8, C. *De edendo.*
(3) MERLIN, Rép., v° *Compulsoire*, § 2.
(4) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 686, n[te] 7.

sentation (1); il est plus exact et plus vrai qu'ils n'en ont pas le pouvoir.

Dès lors, on prétend que la loi est imparfaite, que l'article 1331 manque de sanction, puisqu'il n'accorde un droit que pour le condamner aussitôt à l'impuissance dans son exercice, en refusant à la partie intéressée le moyen d'obtenir la représentation des registres et papiers domestiques, qui, cependant, sont reconnus comme faisant preuve en sa faveur. Cette objection, exagérée dans ses termes, manque d'exactitude.

Les dispositions de notre article recevront, en effet, leur exécution toutes les fois que les registres et papiers domestiques seront librement et volontairement représentés. Elles pourront ensuite être également exécutées dans les divers cas où, suivant leurs droits (820, C. Nap.; 909, 930, C. pr.), les créanciers, fondés en titre exécutoire ou autorisés par permission du juge, auront fait apposer les scellés sur les effets de leur débiteur, et constater dans l'inventaire l'existence et la teneur des registres et papiers domestiques trouvés sous les scellés (943). Il en sera de même encore lorsque les scellés ayant été apposés, ils y auront formé opposition, encore qu'ils n'aient ni titre exécutoire, ni permission du juge (821, C. Nap.; 926, 927, C. pr.).

Mais si, sans justifier d'ailleurs d'aucune qualité de créanciers, des tiers prétendent requérir l'apposition ou la levée des scellés, ou s'y opposer, en se bornant à alléguer que les registres et papiers domestiques du défunt ou de l'absent mentionnent en leur faveur un acte de libération de leur part, ou contiennent une annotation destinée à suppléer, à leur profit, leur défaut de titre de créance, nous ne croyons pas qu'une semblable allégation puisse fonder leur intervention aux scellés et à l'inventaire (2). Quelque soit leur intérêt, il ne suffit pas, si la loi n'en a point fait résulter un droit formel en leur faveur, pour les autoriser à s'immiscer dans les secrets de la

(1) 15 fév. 1837. Sirey, 37, 1, 424.

(2) *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 211. — Toullier, t. 8, n° 404.

famille. Or, le Code Napoléon, aussi bien que le Code de procédure, n'a nulle part consacré ce droit prétendu qui ne se fonde que sur l'allégation d'un simple intérêt, non préalablement justifié.

Il est enfin quelques autres cas où l'article 1331 recevra son application. Tels sont ceux où, dans le cours d'une instance, le demandeur ou le défendeur demande la communication des pièces dont la propriété est commune entre lui et son adversaire qui les détient, ou dont il est propriétaire personnellement. Or, sont réputés appartenir à celui qui en réclame la communication, les livres, notes, registres et autres papiers du tiers qui a administré tout ou partie des biens du premier, en qualité de gérant, de mandataire, d'administrateur, de receveur, en tant que ces livres et papiers établissent les faits de son administration. D'autre part, sont communs entre les héritiers et les légataires, ou entre les associés, les titres d'une succession ou d'une société. Les parties s'en doivent réciproquement la communication. Il en est de même des livres, papiers et registres que l'une des parties aurait tenus dans un intérêt commun, afin d'y établir les opérations et actes dont il doit être rendu compte. Tels sont les livres de colonage, que le propriétaire est dans l'habitude de tenir, autant dans l'intérêt de son colon que dans le sien, en quelque sorte dans un intérêt de société. Mais, hors ces cas, qui sont moins une exception que la consécration du droit même de propriété, nul ne peut être régulièrement contraint de produire contre soi des titres qu'il a en sa possession (1).

13. Quant aux écritures sur feuilles volantes, elles ne sauraient certainement avoir, à raison de leur défaut de fixité et de stabilité, la même autorité que les énonciations des registres domestiques. Elles ne peuvent, en aucun cas, toutes seules et indépendamment de tout complément de preuve, faire foi de leurs énonciations.

(1) MERLIN, Rép., v° *Compulsoire*, § 2.

Mais ne peuvent-elles pas constituer, au moins, un commencement de preuve? Il convient de distinguer à cet égard, ainsi que le fait Pothier (1), entre celles qui tendent à établir la libération d'un tiers, et celles qui constatent une obligation à la charge de la personne qui les a écrites.

S'agit-il, par exemple, d'une quittance non signée, écrite de la main du créancier ; elle ne fera point, en général, foi complète du payement qu'elle relate, alors même qu'elle se trouve en la possession du débiteur. On peut croire, ajoute Pothier, qu'elle n'a été rémise au débiteur que comme un simple modèle, dont il se proposait d'apprécier la forme et la teneur avant de réaliser le payement. Mais si les autres circonstances de la cause tendent à établir que ce n'est que par omission que la quittance, d'ailleurs parfaite, datée et toute simple, n'a pas été signée par le créancier, elle peut former un commencement de preuve écrite qui autorise l'admission de tous autres moyens de preuve, et la délation du serment supplétif à la partie qui se prétend libérée (2).

Que si cette quittance se trouve en la possession du créancier, on comprend que cette circonstance en affaiblit singulièrement l'autorité, et qu'il est alors plus raisonnable de penser qu'elle n'a été rédigée et même signée d'avance que dans l'attente d'un payement qui n'a pas été effectué. Car, si ce payement avait eu réellement lieu, le créancier qui l'avait déjà dressée dans ce but n'aurait pas manqué de la remettre au débiteur, ni celui-ci de la retirer (3).

Quant aux écritures non signées sur feuilles volantes, qui tendent à établir une obligation à la charge de la personne de laquelle elles émanent, alors même qu'elles sont en la possession de celui envers lequel l'obligation est prétendue contractée, elles ne font point preuve de l'engagement. On doit, en

(1) *Oblig.*, n° 725.

(2) Pothier, *ibid.* — Toullier, t. 8, n° 357. — Zachariæ, t. pag. 690.

(3) Toullier, t. 8, n° 350.

effet, naturellement présumer que la convention est restée imparfaite et à l'état de simple projet (1). Il faudrait un concours de circonstances toutes particulières pour qu'elles pussent établir un commencement de preuve écrite. Elles peuvent, néanmoins, être considérées et prises comme telles, puisqu'elles rentrent exactement dans la définition donnée par l'article 1347. Mais les tribunaux doivent se montrer fort sévères dans l'appréciation des écrits sur simples feuilles volantes.

Les billets et promesses, quelque parfaits qu'ils soient dans leur forme, ne font non plus aucune foi contre celui qui les a souscrits, lorsqu'ils se trouvent en sa possession, bien qu'ils ne soient ni raturés ni quittancés. A moins de circonstances tout exceptionnelles, on doit présumer, dans ce cas, qu'il les avait écrits d'avance, dans l'espérance que l'engagement recevrait son entière perfection, ou qu'il les a retirés des mains du créancier, en signe de sa libération, après les avoir acquittés (2).

14. Il nous reste à parler des lettres missives. Comme la loi n'a déterminé nulle part le degré de foi qui leur est due, excepté dans les matières commerciales (109, C. comm.), les juges demeurent investis à leur égard d'un pouvoir souverain d'appréciation. Ils peuvent, en conséquence, les rejeter ou les admettre, suivant les circonstances, selon qu'elles leur paraissent n'établir aucune preuve, ou constituer un commencement de preuve écrite, qu'il reste à parfaire au moyen de témoins ou de présomptions (3).

La seule difficulté théorique qui puisse être soulevée, en ce qui touche les lettres missives, est relative à leur communication en justice. En principe et par le fait même de leur réception, elles deviennent la propriété de celui à qui elles ont été destinées et adressées. Néanmoins, cette propriété n'est

(1) Pothier, *ibid.* — Zachariæ, *ibid.* — Toullier, t. 8, n° 357.

(2) Duranton, t. 13, n° 194. — Toullier, t. 8, n° 349.

(3) Cass., 31 mai 1842. Sirey, 42, 1, 490.

pas absolue, et il n'en résulte point un droit de disposition pleine et entière. Si, en effet, la lettre est tout-à-fait confidentielle, si le secret a été recommandé à la personne à qui elle a été remise, son droit de propriété est subordonné lui-même, dans son exercice, aux conditions de discrétion et de secret qui lui ont été imposées. Elle ne pourra donc, contrairement à la volonté de celui qui la lui a adressée, la représenter et la communiquer en justice. Autrement, elle violerait, par une révélation indiscrète, le contrat qui la lie, et commettrait, en manquant ainsi à ses devoirs, la plus perfide et la plus odieuse trahison de la confiance privée.

Mais si la lettre est une simple lettre d'affaires, si elle se rattache à l'existence ou à l'interprétation d'engagements juridiques, si elle doit servir à expliquer les rapports et les relations des parties dans les actes, conventions ou dispositions qu'il s'agit d'apprécier, elle peut alors régulièrement être produite et communiquée en justice par celui auquel elle a été adressée, bien que son adversaire s'y oppose, et qu'en l'écrivant il ne l'ait pas destinée à une semblable divulgation.

Quant aux tiers, les lettres confidentielles sont, à leur égard, inviolables, et ils ne peuvent s'en prévaloir en justice, ni les produire comme fondement ou preuve de leurs droits prétendus, contre le vœu de celui à qui elles sont adressées, ou lorsqu'il en a été illégalement dessaisi (1). Il suffit que celui qui en est propriétaire s'y oppose, pour que la communication n'en puisse être demandée ni ordonnée. Le secret des lettres doit être alors inviolablement observé.

Mais si la personne à qui la lettre a été adressée consent à sa communication en justice, ce consentement de sa part lève tous les obstacles, et les tiers sont, dès lors, autorisés à en faire usage comme elle en a le droit elle-même.

Il ne saurait même y avoir d'exception, quant à la nécessité

(1) MERLIN, Rép., v° *Lettre*, n° 6. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 622. — Cass., 4 janv. 1821. SIREY, 22, 1, 33. — 12 juin 1823. SIREY, 23, 1, 394. — 3 juill. 1850. SIREY, 50, 1, 705. — 5 avril 1853. SIREY, 53, 1, 649.

du consentement de la personne à qui les lettres ont été adressées, dans le cas où les tiers qui demandent la communication et la production de la correspondance, prétendent y trouver la preuve d'un concert frauduleux dont ils se disent victimes. Ces allégations de dol et de fraude, quelque fondées qu'elles puissent paraître de leur part, n'autorisent point le juge à ordonner la violation du secret des lettres, et à ménager ainsi, au profit des tiers, des moyens d'attaque ou de défense contre ceux-là mêmes au préjudice desquels cette violation aurait eu lieu. Si la Cour de Riom (1) a décidé le contraire, ce n'est que par suite des circonstances particulières de la cause, telles que la divulgation antérieure de la correspondance, la communication qui en avait été faite à d'autres par les intéressés, et l'autorisation tacite d'en faire usage qui était censée en résulter de la part de quelques-uns d'entre eux.

Lorsque la lettre est entièrement confidentielle; que le secret a été recommandé au correspondant, ou que cette recommandation, sans être expresse, résulte du contenu de la lettre; que, par exemple, sa publication est de nature à nuire à l'honneur, à la considération soit de celui qui l'a écrite, ou de sa famille, ou de personnes étrangères qu'il doit ménager, il ne suffirait pas, pour que les tiers fussent admis à la produire en justice, que celui auquel elle a été adressée y consentit personnellement. Il faut, en outre, le consentement de celui qui l'a écrite et envoyée. Mais ce consentement peut être tacite, c'est-à-dire résulter d'actes de sa part qui impliquent et supposent son adhésion. Car il ne suffirait pas qu'il ne s'y opposât point; il faut que son consentement soit rapporté d'une manière ou d'une autre. Dans le cas contraire, nonobstant le consentement de la personne à qui la lettre a été adressée, le juge doit en refuser la communication, et en maintenir le secret, soit qu'il résulte d'une recommandation expresse, ou de la nature purement confidentielle de l'écrit (2).

(1) 8 janv. 1849. Sirey, 49, 2, 160.

(2) Zachariæ, t. 5, pag. 622.

Bien qu'en principe les lettres confidentielles soient inviolables à l'égard des tiers, et que ceux-ci ne puissent s'en prévaloir en justice contre la volonté de ceux à qui elles ont été adressées, cependant, si celui qui les invoque les détient sans fraude, et qu'elles aient été écrites dans son intérêt personnel (1), ou dans un intérêt qui lui est commun avec la personne à qui elles ont été adressées (2), elles peuvent alors régulièrement être produites en justice, sans le consentement de cette dernière, et constituer un commencement de preuve par écrit.

Article 1332.

L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. — Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.

Sommaire.

1. Des annotations au dos, à la marge ou à la suite du titre.
2. L'article 1332 ne s'applique qu'aux mentions libératoires.
3. Opinion de Pothier rejetée par les rédacteurs du Code. Controverse.
4. Comment le débiteur peut prouver qu'elles émanent du mandataire du créancier. Moyens de preuve admissibles.
5. En quel sens le titre doit-il être toujours resté en la possession du créancier?
6. Ces annotations peuvent, au besoin, établir un commencement de preuve écrite.
7. Les mentions datées et signées n'ont pas plus de valeur que les autres.
8. Hypothèse prévue par le § II de l'article 1332. Vices de rédaction.

(1) Cass., 3 juill. 1850. Sirey, 50, 1, 705. — Lyon, 16 fév. 1854. Sirey, 54, 2, 120.

(2) Zachariæ, t. 5, pag. 622. — Cass., 19 juill. 1843. Sirey, 44, 1, 236.

9. Les mentions libératoires ne font foi que sauf preuve contraire. Moyens de preuve alors admissibles.
10. Des annotations barrées, supprimées, effacées.
11. Des mentions écrites au dos, à la suite ou à la marge du titre, tendant à établir une obligation. Distinctions.
12. Des quittances.
13. Suite. Questions diverses d'interprétation.
14. Les quittances en forme sont un titre parfait proprement dit.

COMMENTAIRE.

1. Il arrive fréquemment que le créancier appose sur le titre constitutif de sa créance certaines annotations, soit à la suite, à la marge ou au dos de l'acte. Il semble alors que ces annotations fassent, à son égard, partie intégrante de son titre, puisqu'il ne peut désormais être produit sans qu'elles le soient en même temps. Or, quelle en est la valeur, comme éléments juridiques de preuve? C'est ce que détermine l'article 1332.

« L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos du titre (authentique ou privé), qui est toujours resté en sa possession, fait foi, dit-il, quoique non datée ni signée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. » Nous devons insister sur chacune des diverses conditions sous lesquelles ces mentions, ni datées ni signées, sont admises à faire foi en justice des faits qu'elles énoncent.

2. Nous remarquerons d'abord que notre article ne s'applique qu'à l'écriture qui tend à établir la libération du débiteur, par exemple, un payement reçu. Alors donc qu'elle tend à établir une obligation à la charge du créancier de qui elle émane, elle cesse de faire foi, et peut tout au plus être admise comme formant contre lui un commencement de preuve écrite. Ainsi, l'article 1332 n'est applicable qu'aux mentions libératoires, et, par ces expressions, il faut entendre seulement celles qui mentionnent un payement de tout ou partie de la dette, une remise ou une réduction du capital ou des intérêts, le résultat d'une compensation légale ou conventionnelle, en un mot, la libération partielle ou totale du débiteur.

3. Mais ces annotations libératoires elles-mêmes ne font foi contre le créancier que sous certaines conditions qui résultent formellement du texte de l'article 1332. Il faut que l'écriture émane du créancier, et, en outre, que le titre soit toujours resté en sa possession.

Cependant Pothier (1) pensait que les quittances écrites au dos ou au bas du titre faisaient une pleine preuve du payement, non seulement lorsqu'elles étaient écrites de la main du créancier, mais encore de quelque main qu'elles fussent écrites, fût-ce même de celle du débiteur, parce que, dit-il, il est plus que probable que le créancier n'aurait pas laissé écrire ces reçus sur le billet qui était en sa possession, si ces payements ne lui avaient pas été faits effectivement. Le texte de l'article 1332 suffit pour établir que le législateur moderne n'a pas entendu consacrer cette opinion de Pothier.

Plusieurs auteurs (2), qui ont écrit sous le Code Napoléon, ne laissent pas, néanmoins, de penser qu'elle doit être encore maintenant suivie; et, comme les termes formels de l'article 1332 repoussent une semblable doctrine, ils n'hésitent pas à accuser le législateur d'inexactitude dans l'expression de son intention véritable. On conviendra que c'est un moyen commode d'interprétation, que celui qui consiste à prêter d'abord au législateur sa propre pensée, et à en trouver ensuite la consécration dans une disposition qui exprime tout le contraire, en se bornant à dire que le législateur s'est trompé dans sa rédaction. Mais, au moins, la discussion législative de l'article 1332 établit-elle qu'il ait entendu consacrer l'opinion de Pothier? Il n'en est rien, et le contraire résulte plutôt des changements de rédaction qui ont été opérés.

L'article du projet était ainsi conçu : « L'écriture sous seing privé mise à la suite, en marge ou au dos d'un titre, qui est toujours resté en la possession du créancier, quoique non datée

(1) *Oblig.*, n° 726.

(2) DURANTON, T. 13, n° 213. — TOULLIER, T. 8, n° 353. — BONNIER, n° 609.

ni signée par celui-ci, fait foi, alors qu'elle tend à établir la libération du débiteur. Il en est de même de l'écriture mise au dos, ou en marge, ou à la suite d'un double, d'un titre ou d'une quittance qui est entre les mains du débiteur. » On voit en quoi cette rédaction diffère de celle qui a été définitivement adoptée. La différence consiste surtout dans l'addition de ces mots, mise par le créancier; et l'on ne saurait en faire abstraction dans l'explication de notre article.

Il est sans doute possible que le législateur moderne ait eu l'intention de suivre l'opinion de Pothier, et qu'il ait, par inadvertance, exigé que l'écriture émanât également du créancier, lorsque le titre est resté en sa possession, bien que cette condition ne soit indiquée par Pothier (1), et ne dût l'être, conséquemment, dans le second paragraphe de l'article 1332, que pour le cas où le titre est entre les mains du débiteur. Quoi qu'il en soit, nous sommes aujourd'hui en présence d'un texte clair et formel. Il exige, dans le premier comme dans le second cas, que l'écriture émane du créancier. Et vainement on alléguera une intention soi-disant contraire de la part du législateur, laquelle, d'ailleurs, est loin d'être prouvée par les débats préparatoires; il suffira de répondre que, s'il est permis de l'invoquer pour interpréter une disposition obscure et ambiguë, on ne peut la substituer arbitrairement à une disposition nette et précise, alors surtout que cette disposition est de droit rigoureux.

N'est-il pas, au surplus, possible d'expliquer et de justifier les changements de rédaction qu'a subis l'article 1332? Les dispositions du Code Napoléon ne sont-elles pas préférables à l'opinion de Pothier? Remarquons en effet, d'abord, qu'il s'agit ici de la foi due à une écriture qui, à défaut de signature, ne constitue pas un acte proprement dit. Elle n'a donc pas, par elle-même, la même foi qui est due à un acte en forme et régulier, ou, du moins, elle ne fait preuve du fait qu'elle énonce que dans la mesure et sous les conditions déterminées

(1) *Oblig.*, n° 728.

par la loi. Or, n'est-ce pas déjà une grande concession faite à l'écriture non signée, que de lui reconnaître une autorité pleinement probante, lorsqu'elle émane du créancier ; et ne serait-ce pas s'exposer au danger de consacrer le dol et la fraude, que d'attribuer la même foi à l'écriture qui émane d'un tiers étranger, ou même du débiteur lui-même? La seule raison que Pothier donne de son opinion, c'est qu'il est plus probable que le créancier n'aurait pas laissé écrire la mention d'un payement reçu sur le billet qui était en sa possession, si le payement ne lui avait pas été fait. Cette considération n'est certainement pas sans valeur, et l'argument de fait qu'on en tire n'est pas sans quelque portée. Mais cette circonstance a très bien pu paraître au législateur moderne insuffisante pour établir une présomption légale de payement en faveur du débiteur, lorsque l'écriture qui le mentionne au dos, à la marge ou à la suite du titre, n'émane pas du créancier. Divers accidents, tels que l'absence, la maladie, la connivence d'un tiers, une soustraction frauduleuse, peuvent faire sortir, momentanément et à son insu, son titre de sa possession, et ménager par là au débiteur le moyen d'y mentionner de sa main ou de celle d'un tiers les faits de libération qu'il se propose d'invoquer plus tard. Le danger est même plus grave, si l'on suppose que le créancier est illettré. Ainsi peuvent s'expliquer et se justifier les dispositions de l'article 1332 (1).

Ajoutons que le débiteur pourra toujours demander au créancier des explications sur l'écriture et les circonstances de ces mentions libératoires, et que les réponses fournies par ce dernier seront souvent de nature à constituer un commencement de preuve par écrit; par exemple, au cas où il reconnaîtrait que ces mentions ont été écrites par un tiers ou par le débiteur lui-même, de son aveu et consentement. Il ne reste plus qu'à compléter ce commencement de preuve par les présomptions résultant des circonstances de la cause. Mais remarquons bien que la preuve se fait alors d'après les principes ordinaires, et en dehors des dispositions de l'article 1332.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, pag. 687, n° 9. — MARCADÉ, art. 1332, n° 3.

4. Que si l'écriture mise à la suite, à la marge ou au dos du titre émane d'un tiers, le débiteur sera, toutefois, bien fondé à offrir la preuve que ce tiers n'a agi que comme mandataire du créancier (1). Mais ce sera à lui à prouver préalablement l'existence d'un mandat exprès ou tacite; et alors l'annotation libératoire fera preuve du fait qu'elle énonce en sa faveur, comme si elle émanait du mandant lui-même.

Il sera même admis à établir le mandat, à l'aide d'autres éléments légaux de preuve que ceux qui seraient exclusivement recevables dans le cas où il s'agirait de prouver directement le fait de libération mentionné à la suite, à la marge ou au dos du titre; c'est-à-dire qu'il ne lui faudra pas nécessairement une preuve écrite ou un commencement de preuve par écrit, et que la preuve testimoniale ou les simples présomptions seront légalement suffisantes. Vainement lui objecterait-on qu'il demande à prouver indirectement outre et contre le contenu du titre, en offrant la preuve d'un mandat dont l'existence prouvée peut seule donner foi aux mentions libératoires écrites de la main d'un tiers; qu'il doit, conséquemment, se conformer aux principes généraux concernant la preuve, puisque, autrement, il aurait un moyen facile d'éluder les prohibitions de la loi, quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale. La vérité est qu'il se trouve dans l'une des exceptions prévues par la loi, et que s'il a pu procurer une preuve écrite du fait de libération qu'il allègue, en payant directement entre les mains de son créancier, il est toujours en droit, comme tiers auquel il n'a pas été possible de s'en procurer une preuve par écrit, d'établir l'existence du mandat qu'il dit être intervenu entre son créancier et l'auteur de l'annotation, soit au moyen de la preuve testimoniale, soit à l'aide de simples présomptions. Moyennant la preuve de ce mandat, la mention est censée émanée du créancier lui-même, puisqu'il a été représenté par son mandataire, et foi lui est due tout comme s'il s'agissait d'une quittance dont la régularité fût parfaite quant à la forme.

(1) TOULLIER, t. 8, n° 354.

5. La seconde condition exigée par l'article 1332 pour que les mentions libératoires fassent foi en faveur du débiteur, c'est que le titre soit toujours resté en la possession du créancier. A ce sujet, nous remarquerons d'abord que, dans l'opinion de Pothier, il fallait bien que le titre se trouvât et fût toujours resté en la possession du créancier, puisque cet auteur admettait comme preuve de libération les mentions écrites même par un tiers ou par le débiteur lui-même, et qu'il ne les admettait qu'à raison même de cette possession non interrompue. Mais on comprend que, le Code Napoléon n'admettant que les annotations libératoires émanées du créancier, cette continuité de possession doit naturellement avoir aujourd'hui une moins décisive influence. Nous croyons donc que ce n'est que par inadvertance et irréflexion que le législateur moderne a répété les expressions de Pothier, dont il venait cependant de repousser la doctrine. Mais la loi est formelle, et il ne s'agit plus que d'en fixer le véritable sens.

Ses termes qui, de la possession non interrompue du titre par le créancier, font une condition de la foi due aux annotations libératoires, ne laissent pas d'avoir leur importance. Ils ne servent pas seulement à caractériser l'hypothèse pour laquelle le paragraphe 1er de l'article 1332 a été édicté, tandis que le second paragraphe prévoit le cas où la pièce qui porte ces mentions est entre les mains du débiteur. Ils ont encore une autre portée; et voici la seule signification que nous puissions leur donner.

La possession actuelle du titre par le créancier fait supposer de droit sa possession ancienne et non interrompue. Ce sera donc à lui qu'incombera la charge de prouver qu'il n'a pas toujours été en possession du titre, et que l'acte a passé momentanément, dans tel ou tel but, dans les mains de tiers étrangers. Or, que doit-on entendre ici par tiers? Rigoureusement, on ne devrait pas considérer comme tels ceux auxquels le créancier aurait remis son titre pour en opérer le recouvrement; car ils sont ses mandataires, et, en cette qualité, ils sont réputés posséder pour lui-même, de telle sorte que le

titre est censé être toujours resté en sa possession. Il semble, cependant, que ce soit la seule hypothèse dans laquelle on puisse trouver quelques raisons capables de justifier et d'expliquer les dispositions de notre article. En effet, lorsque le créancier aura remis son titre à un tiers pour en opérer le recouvrement, après y avoir apposé, suivant un usage assez ordinaire, à la marge, au dos ou à la suite, un pour acquit, une quittance, une mention libératoire quelconque, les annotations perdront naturellement une grande partie de leur autorité. Il est alors à présumer qu'effectivement ces mentions n'y ont été mises que dans la pensée que le payement aurait réellement lieu; et la rentrée du titre dans les mains du créancier fait supposer qu'il n'a pas été effectué. Voilà pourquoi les annotations cessent, dans ce cas, de faire preuve complète de la libération du débiteur (1).

Mais cette explication, si elle se borne là, ne nous satisfait pas pleinement. Si, en effet, ces mentions cessent alors de faire foi, ce n'est pas seulement parce que le titre n'est pas toujours resté en la possession du créancier; c'est encore et surtout parce que ce titre est sorti de ses mains dans un but particulier, pour une destination spéciale, qui tend à infirmer la présomption de droit résultant en faveur du débiteur de l'existence de ces annotations. Il ne suffira donc pas que le créancier établisse que le titre est sorti de ses mains; il faudra qu'il explique, en outre, pourquoi, comment il en est sorti, et que l'interruption même de sa possession se rattache à une opération qui avait pour objet le recouvrement de la créance. Ce n'est que dans ce cas, et avec le concours de ces explications, que les mentions libératoires cessent de faire foi contre lui.

Entendues autrement, les dispositions de l'article 1332 conduiraient à des conséquences que la raison ne peut admettre. Supposez que le créancier se soit dessaisi de son titre, par

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 687, n^te^ 7.—*Contrà*, Toullier, t. 8, n° 353. — Duranton, t. 13, n°s 214 et 215.

exemple, pour une communication en justice, par suite d'un dépôt volontaire ou nécessaire, d'une remise en nantissement, d'un mandat général d'administration, par tout autre motif enfin que le recouvrement de la créance; il serait souverainement déraisonnable de prétendre, sous le seul prétexte qu'il n'en a pas toujours conservé la possession, que les mentions libératoires ne font pas preuve en faveur du débiteur. Il est plus vrai alors qu'il est toujours resté en possession du titre par les mains des tiers qui, ne le possédant que pour lui et en son nom, ont, en fait et en droit, continué sa possession personnelle.

La vérité de nos observations devient encore plus sensible, si l'on suppose que les mentions existaient déjà sur le titre, et se référaient à des faits accomplis, lorsque la possession du créancier a été interrompue. Enfin, si elles n'y ont été mises que depuis qu'il a recouvré et continué ensuite, sans interruption, la possession de son titre, elles font incontestablement foi en faveur du débiteur.

C'est par application du même principe que nous avons décidé plus haut que les mentions écrites par le mandataire du créancier font également foi de la libération, bien que, évidemment, ce dernier ne soit point, dans ce cas, toujours resté en possession de son titre. Mais ici encore le mandataire a possédé pour lui, et la cause de l'interruption de sa possession ne se rattache, par son objet, à aucune circonstance particulière qui affaiblisse la foi due à ces annotations libératoires.

6. Au surplus, dans le cas même où elles ne font pas preuve complète, elles peuvent suffire pour former un commencement de preuve écrite, qui permet au débiteur de la compléter au moyen de la preuve testimoniale ou des présomptions ordinaires. Ce point ne saurait souffrir aucune difficulté.

7. L'article 1332 ne parle que d'écritures non datées ni signées par le créancier. Quant à celles qui seraient datées et signées, elles n'ont ni plus ni moins d'autorité que les premières, lorsque le titre se trouve en la possession du créan-

cier. C'est ce qui résulte de ses termes, qui établissent virtuellement une assimilation exacte entre les unes et les autres, puisqu'il déclare formellement ne faire aucune distinction au préjudice de celles qui ne sont ni datées ni signées, nonobstant cette absence de date et de signature.

8. Le second paragraphe de notre article prévoit une hypothèse differente. Il suppose le cas où l'acte qui contient les annotations libératoires est entre les mains du débiteur. Mais sa rédaction, ainsi que la remarque en a été faite par tous les auteurs (1), est incorrecte et obscure. « Il en est de même, dit-il, de l'écriture mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur. » Il serait beaucoup plus exact de dire....., à la suite d'une quittance ou du double d'un titre, pourvu que ce double se trouve entre les mains du débiteur. Car les quittances ne se délivrent point en double, et notre article semble supposer le contraire. Voilà un premier vice manifeste de rédaction.

D'autre part, ces mots, pourvu que le double soit entre les mains du débiteur, semblent en faire une condition essentielle de la foi due aux annotations libératoires qui existent sur le double d'un titre, de telle sorte que, si ce double était entre les mains du créancier, elles cesseraient de faire foi. Dans tous les cas, une semblable interprétation, ainsi que nous l'expliquons plus bas, serait entièrement erronée. Enfin, le texte de notre article semble décider que les annotations mises par le créancier au dos ou à la suite d'une quittance, ne font foi que si la quittance, comme le double du titre, est en la possession du débiteur. C'est encore là une erreur d'interprétation.

Reprenons en effet, maintenant, l'hypothèse de notre paragraphe. Il s'agit toujours de mentions écrites par le créancier, et tendant à établir la libération du débiteur. Mais ces men-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 353. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 689, n° 10. — MARCADÉ, art. 1332.

tions libératoires, au lieu d'être mises à la suite, en marge ou au dos du titre, le sont à la suite, en marge ou au dos d'une quittance ou du double d'un titre, tel qu'un acte de vente, ou d'échange, Or, suivant l'article 1332, ces annotations font également preuve de la libération du débiteur, quand la quittance ou le double du titre se trouvent en sa possession. Ce point est incontestable.

Et il doit en être de même lorsque les annotations sont écrites par le mandataire du créancier, ainsi que nous l'avons déjà expliqué, ou lorsque la quittance ou le double du titre se trouvent en la possession du mandataire, du dépositaire ou de tout autre détenteur au nom et à la place du débiteur.

Quant au double du titre, s'il est en la possession du créancier, et qu'il y soit toujours resté, on retombe alors dans l'hypothèse prévue par le premier paragraphe de notre article, et les annotations qui y ont été écrites par le créancier auquel il appartient, font preuve de la libération du débiteur, conformément à l'interprétation que nous avons donnée plus haut de ces dispositions (1).

Que si les annotations sont écrites par le créancier ou son mandataire sur le double appartenant au débiteur (et telle est l'hypothèse spéciale du second paragraphe de notre article), elles ne font pas foi de la libération de ce dernier, dans le cas où le double n'est pas en sa possession. La loi suppose alors que le créancier a retenu le titre, parce que le débiteur n'a pas réalisé l'acte de libération en vue duquel le double avait été remis (2).

Quant aux annotations mises par le créancier sur une quittance en forme précédemment fournie, elles font foi lorsqu'elles tendent à établir la libération du débiteur, indistinctement, soit que la quittance se trouve entre les mains du créancier ou du débiteur. Vainement dirait-on, pour établir qu'elles ne font foi que lorsque la pièce est en la possession du débiteur,

(1) DURANTON, t. 13, n° 218. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 689, n[te] 10.
(2) MARCADÉ, art. 1332, n° 4.

qu'elles ont été écrites en vue d'un fait de libération qui n'a pas été consommé, et que c'est pour cela que le créancier a gardé la quittance (1). Cette présomption est toute naturelle lorsqu'il s'agit d'une quittance principale destinée à être remise au débiteur. Mais il n'en est plus ainsi dans le cas où une quittance de cette nature préexiste et porte à sa suite une annotation nouvelle libératoire. La présomption est alors que cette mention n'y a été mise qu'à la suite et en conséquence du payement consommé. Aussi, l'article 1332 n'exige-t-il pas que cette quittance se trouve en la possession du débiteur, comme il le veut pour le double du titre qui appartient au débiteur. Sur ce point, son texte est formel, malgré son amphibologie apparente. Car il est impossible, et il serait absurde, au point de vue de son texte littéral, d'appliquer à la quittance ces mots, pourvu que le double soit entre les mains du débiteur (2).

Il y a donc, en résumé, à distinguer d'abord entre la quittance et le double du titre, et ensuite entre le double du titre qui appartient au créancier et celui qui appartient au débiteur. C'est ce double seul qui doit être aux mains du débiteur pour faire foi de sa libération. Ainsi entendu, le second paragraphe n'est point en contradiction avec le premier, quoi qu'en dise M. Toullier, qui l'entend d'une manière différente (3).

9. Bien que l'article 1332 dispose que les mentions libératoires écrites par le créancier à la suite, à la marge ou au dos du titre qui est toujours resté en sa possession, ou d'une quittance antérieure, ou du double d'un titre qui se trouve entre les mains du débiteur, font foi de la libération de ce dernier, cependant ces expressions ne signifient point que le créancier auquel elles sont opposées ne puisse, sans le secours d'un commencement de preuve par écrit, prouver contre et outre

(1) Marcadé, art. 1332, nos 4 et 5.
(2) Duranton, t. 13, n° 218. — Zachariæ, t. 5, pag. 688.
(3) T. 8, n° 353.

leur teneur, en établissant, au moyen de la preuve testimoniale ou de simples présomptions, qu'elles n'ont été écrites par lui que par erreur ou inadvertance. Elles forment sans doute, par elles-mêmes, un titre suffisant; mais elles ne constituent point un acte proprement dit, pas plus que les registres et papiers domestiques.

Cette observation est d'une vérité plus sensible, lorsqu'elle s'applique à l'écriture mise sur le titre qui est toujours resté en la possession du créancier, parce que alors cette écriture est un fait simplement unilatéral de la part de ce dernier, et que, conséquemment, elle ne peut être invoquée par le débiteur comme un titre parfait, tel que le serait une quittance ou tout autre acte dont la rédaction témoignerait d'un commun accord entre les parties.

Quant aux mentions libératoires écrites par le créancier sur une quittance ou le double d'un titre qui se trouve entre les mains du débiteur, on voudrait vainement les placer sur une autre ligne, et, par suite, empêcher le créancier d'établir par témoins ou par présomptions, sans commencement de preuve écrite, qu'elles sont le résultat d'une erreur de sa part (1). De ce que la quittance ou le double du titre est dans les mains du débiteur, il ne s'ensuit nullement que les mentions qui s'y trouvent au dos, à la suite ou à la marge, constituent un acte régulier proprement dit, en l'absence de la signature du créancier. Car c'est elle seule qui forme le titre parfait. Il résulte, il est vrai, de sa possession, qu'il a accepté ces annotations, et, sous ce rapport, on peut dire que l'écriture n'est pas l'œuvre spontanée du créancier, qu'elle a tous les caractères extérieurs d'un fait conventionnel. Mais elle ne les a, après tout, que comme elle peut les avoir, c'est-à-dire sans l'autorité qui s'attache à la signature. Du reste, le débiteur aura à se reprocher, s'il est obligé, à défaut d'une preuve suffisante de sa libération, de payer deux fois, de ne pas avoir exigé une quittance plus régulière et signée.

(1) *Contrà*, Zachariæ, t. 5, pag. 691, n[te] 11.

10. Les annotations mises par le créancier sur le titre qui est toujours resté en sa possession ne cessent pas de faire foi en faveur du débiteur, quoiqu'elles aient été raturées et barrées. Elles forment à son profit un droit acquis au fait de libération qu'elles constatent (1); mais le créancier à qui on les oppose peut tirer de cette circonstance un argument de fait pour infirmer la foi qui leur est due.

Que si elles sont barrées et raturées de manière à être complètement illisibles, elles n'ont dès lors, nécessairement, aucune espèce de valeur (2). Elles ne peuvent servir de commencement de preuve par écrit, autorisant le serment supplétif, sauf au débiteur à provoquer et à obtenir, de la part du créancier, quelque aveu ou déclaration qui lui en tienne lieu (3).

Il en serait de même au cas où le débiteur alléguerait que le créancier a supprimé une annotation libératoire, soit en coupant la partie du papier où elle était écrite, soit en faisant disparaître l'écriture au moyen de procédés chimiques. Ce fait d'altération, fût-il prouvé, n'équivaudrait pas à un commencement de preuve écrite, si d'ailleurs les explications ou déclarations du créancier ne fournissaient quelque vraisemblance. Autrement, le débiteur arriverait indirectement à prouver par témoins ou présomptions, contrairement aux prohibitions de la loi, un fait de libération qu'il ne pourrait pas établir ainsi directement. C'était à lui à retirer une quittance en forme, et à ne pas se contenter de semblables mentions.

Si l'écriture mise par le créancier sur la quittance ou le double qui se trouve en la possession du débiteur était effacée, raturée ou barrée, elle n'aurait aucune valeur. Car on doit naturellement présumer que les ratures ont eu lieu, parce que le fait énoncé ne s'est pas accompli, et qu'autrement le débiteur, possesseur de la pièce, ne l'eût pas souffert. L'état maté-

(1) Pothier, *Oblig.*, nº 726.— Zachariæ, t. 5, pag. 689.— Duranton, t. 13, nº 221. — *Contrà*, Toullier, t. 8, nº 356.

(2) Zachariæ, *ibid.*

(3) *Contrà*, Duranton, t. 13, nº 216.

riel de l'acte proteste ainsi contre la quittance qu'on prétendrait en induire (1), à moins que le débiteur ne prouve que les ratures ont été faites imprudemment ou malicieusement par un tiers.

11. Le Code ne s'est point occupé des écritures non signées qui, étant mises à la suite, à la marge ou au dos du titre ou du double du titre, tendent à établir, non plus la libération du débiteur, mais une obligation. Quelle sera la valeur de ces sortes d'écritures ?

Nous renvoyons d'abord à ce que nous avons dit plus haut (2) des renvois et apostilles ; puis nous ferons, d'après Pothier (3), une distinction : Si ces écritures ont un rapport, une relation avec le titre principal, et qu'elles soient écrites de la main de l'obligé, elles font foi contre lui, comme faisant partie intégrante de l'acte. Tel est le cas où, à la suite d'une obligation pécuniaire que j'ai contractée envers vous, j'ajoute de ma main, sans signer, que je reconnais vous devoir, en outre, la somme de... ou les intérêts de la somme déjà due.

Il en serait de même si, à la suite d'un acte de vente ou de bail, il était écrit, de la main du vendeur ou du bailleur, que telle chose est comprise dans le contrat ; ou, de la main de l'acheteur ou du preneur, que le prix est porté à la somme de..., ou qu'il s'oblige, en outre, à telle ou telle autre chose. Ce *post-scriptum* ferait foi contre la partie de laquelle il émane, au même titre que l'acte principal lui-même, qu'il complète et explique (4).

Mais si ces mentions étaient écrites de la main de celui qui se prétend créancier, ou de la main d'un tiers étranger, elles ne pourraient obliger celui à la charge duquel elles établissent une obligation, quelque relation qu'elles aient avec l'acte. Elles ne feraient même pas foi dans le cas où le titre à la suite du-

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 727. — Duranton, t. 13, n° 220.
(2) 1325, n° 2.
(3) *Oblig.*, n° 728.
(4) Toullier, t. 8, n° 355. — Duranton, t. 13, n° 222.

quel elles ont été mises, serait en la possession de l'obligé. Si Pothier (1) exprime l'opinion contraire, ce n'est là qu'une conséquence de sa doctrine, non reproduite par les rédacteurs du Code, et que nous avons déjà combattue, au sujet des mentions libératoires.

Quant aux autres écritures non signées, qui se trouvent à la suite, en marge ou au dos d'un acte, et n'ont avec lui aucune espèce de relation, elles n'ont d'autre valeur que celle que nous avons attachée aux énonciations écrites sur simples feuilles volantes (2). Elles ne peuvent, en conséquence, valoir que comme commencement de preuve par écrit, si elles émanent de celui auquel on les oppose.

12. Le Code Napoléon a également gardé un silence absolu sur les quittances. On entend par là tout acte authentique ou sous seing privé destiné à constater l'exécution totale ou partielle d'un engagement, et, par suite, la libération du débiteur. Lorsque ces actes ont lieu sous signature privée, ils ne sont soumis à aucune condition de forme particulière. Il suffit que le créancier qui reçoit payement y appose sa signature.

Mais leur teneur donne souvent lieu, dans la pratique, à des questions très délicates d'interprétation, qui toutes, en définitive, se résument dans des questions de quotité et d'application. Qu'est-ce que le débiteur a payé? Sur quelle dette le payement doit-il s'imputer?

13. Lorsque la quittance exprime la cause de la dette et le montant de la somme payée, aucune difficulté ne saurait s'élever, soit qu'elle énonce ou non la date.

Mais elle est également valable lorsqu'elle n'exprime aucune cause; lorsqu'elle est, par exemple, conçue dans ces termes: Reçu d'un tel la somme de.... Limoges, le 7 mars 1851. Seulement, il peut y avoir lieu à une question d'imputation, ou à une répétition de l'indû en totalité ou en partie.

(1) *Oblig.*, n° 728.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 729.

Elle peut aussi exprimer la cause de la dette sans énoncer la somme payée : Reçu d'un tel ce qu'il me doit pour vente de tel héritage. Cette expression de la cause contient imputation, et en même temps réserve des autres créances.

Mais s'il s'agit d'obligations consistant en arrérages de loyers, de rentes ou fermages, et que la quittance ne soit pas datée, on peut alors se demander quels sont les arrérages censés payés. La quittance, à défaut de date exprimée, ne vaut que pour un terme, à moins qu'elle n'exprime la somme ou ne spécifie les termes acquittés. Le débiteur ne serait même pas admis à prouver par témoins ou par présomptions qu'il a payé plus d'un terme, parce que, si le créancier est en faute pour ne pas avoir daté sa quittance, le débiteur est lui-même en faute également pour ne pas l'avoir exigée plus régulière et plus complète. Il faudrait, du moins, des circonstances toutes particulières pour qu'elle pût être considérée comme établissant un commencement de preuve écrite, autorisant la délation du serment supplétif ou l'admission de la preuve testimoniale et des présomptions ordinaires (1).

Que si la quittance est datée, bien qu'elle n'énonce point la somme, elle vaut pour tous les arrérages échus à sa date, ceux à échoir demeurant réservés.

Quelquefois, cependant, la quittance contient virtuellement une date. Par exemple, si elle est donnée par l'héritier du créancier, ou à l'héritier du débiteur, elle a date, au moins, du jour de la mort du créancier ou du débiteur, et fait foi, dès lors, du payement de tous les arrérages échus à cette époque.

Que si la quittance non datée a acquis date certaine, soit par l'enregistrement ou sa relation dans un acte authentique, elle ne vaudra pas pour cela pour tous les termes antérieurs à celui où elle a acquis date certaine (2). Car alors il dépendrait du débiteur de lui donner une portée plus étendue en

(1) Voy. cep. Toullier, t. 8, n° 405. — Duranton, t. 13, n° 229.
(2) *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 226.

ajournant son enregistrement. La question de sa date vraie entre les parties demeure donc entière.

Si la quittance, sans mention de date ni expression de somme, énonce qu'elle a été donnée pour tous les arrérages dus pour cause de bail, elle peut alors valoir comme quittance complète et finale.

Ce que nous venons de dire des arrérages pour rentes ou loyers est applicable aux obligations payables en plusieurs termes successifs. Car il s'agit également de savoir, dans ce cas, à quels termes s'applique la quittance.

La quittance peut encore n'exprimer ni le montant de la somme payée, ni la cause de la dette acquittée, et être conçue en ces termes vagues et généraux : Reçu de tel tout ce qu'il me doit. Si elle contient l'expression d'une date, elle comprend tout ce qui était dû à cette époque, soit que le créancier ait retenu ou remis ses titres de créance, à l'exception, toutefois, des dettes non exigibles ni échues alors, et de celles dont le débiteur n'avait point connaissance, ou dont il n'était point tenu personnellement, comme obligé principal, mais seulement comme caution simple ou solidaire, sauf à lui à établir le contraire, même par présomptions; car la quittance peut constituer en sa faveur un commencement de preuve écrite.

Si la quittance n'énonce point de date, le débiteur pourra lui en assigner une, soit au moyen des livres et papiers domestiques du créancier, soit au moyen de la preuve testimoniale ou des présomptions ordinaires, parce que les termes généraux dans lesquels l'acte est conçu sont de nature à établir un commencement de preuve écrite qui rend vraisemblable le fait de la libération.

Alors même que la quittance énonce la cause : Reçu de tel tout ce qu'il me doit pour les causes de la vente de tel héritage, elle ne comprend pas, néanmoins, la totalité de la dette, mais seulement les termes alors échus, et non ceux à échoir. Car il n'est pas à présumer que le débiteur ait payé avant le terme, sauf à lui à établir le contraire, même par simples présomptions.

Mais si elle était ainsi conçue : Reçu de tel le prix de telle vente; reçu ma dot ou celle de ma femme, elle comprendrait indéfiniment tout le prix, toute la dot, sans distinction entre les termes alors échus et ceux à échoir. Ces expressions de prix et de dot en supposent l'intégralité (1).

14. Nous ajouterons, en terminant, que les quittances en forme datées et signées, énonçant la somme payée et les causes de la dette, forment un titre régulier proprement dit, qui fait preuve complète de la libération du débiteur, et contre et outre le contenu duquel le créancier ni le débiteur ne peuvent rien prouver, si ce n'est conformément aux principes généraux relatifs à la preuve. Les quittances parfaites ont, sous ce rapport, une plus grande autorité probante que les simples mentions libératoires, qui se trouvent, soit dans les registres ou papiers domestiques, ou qui sont écrites au dos, à la marge ou à la suite du titre, du double du titre ou d'une quittance antérieure. Celles-ci peuvent être combattues par témoins ou par présomptions, ainsi que nous l'avons expliqué, tandis que les autres ne peuvent l'être que suivant les règles que nous examinerons bientôt.

§ III. *Des Tailles.*

Article 1333.

Les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail.

Sommaire.

1. Des tailles. Elles sont improprement une preuve littérale.
2. Foi qui leur est due lorsqu'elles sont corrélatives à leurs échantillons.
3. Débat possible sur la valeur convenue de chaque coche.
4. Leur remise vaut quittance.

(1) Voy. Pothier, *Oblig.*, nos 746 et suiv. — Toullier, t. 8, no 405. — Duranton, t. 13, nos 223 et suiv.

5. *Quid*, quand la taille ou l'échantillon n'est pas représenté?
6. La taille n'autorise point, en l'absence de l'échantillon, la délation du serment supplétif.
7. Il peut y avoir encore à débattre sur le prix des fournitures et prestations.
8. La taille n'équivaut pas à un arrêté de compte interruptif de la prescription.
9. Des jetons, cachets, cartes, bons, etc...

COMMENTAIRE.

1. Ce n'est que très improprement, comme nous allons le voir, que la loi assimile les tailles à la preuve littérale. Et, si cette assimilation a été faite à cause de la preuve qui en résulte, on peut, avec tout autant de raison, considérer comme preuve écrite les signes, les symboles convenus qui servent à marquer l'existence d'un fait juridique ou la délimitation des propriétés. Les tailles ne sont, en effet, qu'un signe matériel et symbolique des engagements contractés.

On prend une baguette en bois de grosseur suffisante; on la fend par égale moitié; une partie, qu'on appelle la taille, reste aux mains du créancier; l'autre, qu'on nomme échantillon, est remise au débiteur. Au moment de chaque fourniture ou prestation, on réunit les deux morceaux de la taille, de manière qu'ils s'adaptent et coïncident exactement, et, lorsque ce rapprochement est opéré, on fait avec un couteau, sur la ligne de contact, une coche transversale qui entaille en même temps les deux moitiés de la baguette. Le nombre des coches indique le montant des fournitures ou prestations; et, comme on ne peut cocher séparément la taille et l'échantillon, il n'y a point de fraude à craindre de la part de l'une ou de l'autre partie.

Les coches faites sur les tailles peuvent, suivant la convention des parties et la diversité de leurs figures, avoir une signification différente. Dans l'usage, la coche toute droite vaut une unité; dans la forme d'un V, elle vaut cinq, et dans la forme de l'X, elle vaut dix. C'est comme une écriture en chiffres romains.

Les tailles sont ainsi une sorte d'arithmétique toute matérielle. Elles ont été, dans les temps d'ignorance et de barbarie, les premiers livres de compte et les premiers rôles de perception des impôts. Aujourd'hui, elles ne sont usitées que pour constater des fournitures de détail ou des prestations successives, telles que livraison de pain, de vin, de viande ou autres denrées, ou bien encore des journées d'ouvriers et de manœuvres.

L'étymologie de ce mot, taille, dérive de ce qu'autrefois les seigneurs, comprenant dans leurs profits de justice des redevances irrégulières et innommées, avaient soin de les indiquer dans les actes par cette expression indéterminée et générale : *et cætera his similia... vel alia talia.* D'où les praticiens ont fait, en latin, *tallia*, et en français, taille (1).

2. Les tailles corrélatives à leurs échantillons, porte l'article 1333, font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail. Le rapprochement et la corrélation de la taille avec son échantillon forment ainsi une preuve complète, une sorte de preuve écrite, comme faisait autrefois la charte-partie, à quelque somme que les fournitures ou prestations s'élèvent.

Si la taille et l'échantillon ne s'accordent point, il n'y a preuve faite que jusqu'à concurrence du moindre chiffre, à moins qu'il ne soit établi, ce qui peut l'être par l'examen de la pièce, qu'un certain nombre de coches a été frauduleusement effacé sur l'un ou l'autre des morceaux de bois.

J'ai vu un exemple d'un autre genre de fraude. Le fournisseur avait un couteau à double lame, et, pour chaque fourniture, il faisait ainsi deux coches à la fois. Le débiteur serait certainement admis, dans ce cas, à prouver par témoins la filouterie dont il se prétendrait victime.

3. Il peut encore se présenter des difficultés sur la valeur des coches. Celui qui a fait les fournitures peut dire que cha-

(1) Championnière, *De la propriété des eaux courantes*, pag. 495.

que coche signifie un kilogramme ou une tourte de pain, tandis que le débiteur prétend qu'elle signifie une quantité moindre. De pareilles questions se résoudront le plus souvent par l'usage, et, en cas qu'il ne puisse être d'aucun secours, comme les tailles n'offrent qu'un certain nombre de coches, sans indication de leur valeur, ce sera au demandeur à prouver par témoins ou par présomptions ses prétentions à cet égard.

4. Lorsque le débiteur s'est acquitté, la taille lui est remise, en signe de sa libération, comme le serait un titre écrit.

5. Si, sous prétexte qu'il n'a pas été fait de taille ou qu'il a perdu sa pièce, celui qui a reçu les fournitures ou prestations ne représente pas l'échantillon, le créancier peut établir qu'il a fait effectivement ces fournitures et prestations, si elles sont déniées, et qu'il se servait, d'accord avec son débiteur, d'une taille pour en constater la quantité. Dès lors, la taille peut toute seule, en l'absence de l'échantillon, faire foi au profit du fournisseur (1).

Que si, au contraire, c'est ce dernier qui ne représente point sa taille, alléguant qu'il l'a perdue ou qu'on n'en a point tenu, le débiteur qui produit l'échantillon pourra prouver que les fournitures lui étaient faites d'après une taille; et, moyennant cette preuve, l'échantillon pourra être admis comme faisant foi en sa faveur. Du reste, cette preuve ne vient, de la part du débiteur, que comme preuve contraire, destinée à combattre celle que le demandeur doit commencer lui-même, en cette qualité, par administrer à l'appui de sa demande.

Mais on ne saurait, en alléguant l'emploi d'une taille qui n'est point appatronnée à l'échantillon, puisqu'il n'est point représenté, éluder les prohibitions de la loi civile quant à la preuve testimoniale. Celui qui a fait les fournitures ne pourra donc établir l'emploi et l'usage d'une taille, dont l'existence est déniée, qu'en se conformant aux principes généraux rela-

(1) TOULLIER, T. 8, n° 409. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 691. — MARCADÉ, art. 1333, n° 3.

tifs à la preuve. La preuve testimoniale ne sera admissible de sa part, que lorsque le montant des fournitures ou leur nature commerciale rendra ce genre de preuve recevable à l'égard de l'autre partie. Nous ne saurions, en effet, donner un autre sens à ce que dit M. Toullier (1) sur l'admissibilité de la preuve testimoniale. Lors donc que le montant des fournitures excèdera la somme de cent cinquante francs, et qu'elles ne seront point de nature commerciale à l'égard de l'autre partie, celle qui représente la taille ne peut, sans un commencement de preuve par écrit, établir qu'elle était, ainsi que son adversaire, dans l'usage de se servir d'une taille pour constater les fournitures et prestations faites. Autrement, le créancier arriverait indirectement à prouver par témoins une obligation dont la preuve ne pourrait être ainsi directement administrée.

6. Il ne faut point non plus assimiler les tailles aux registres des marchands, et les admettre, en conséquence, comme formant un commencement de preuve qui autorise le juge, en cas que l'échantillon ne soit point représenté, à déférer le serment supplétif à celui qui a fait les fournitures (2). L'article 1333 ne reconnaît, en effet, de force probante à la taille que lorsqu'elle est corrélative à son échantillon. Autrement, elle n'est entre les mains de celui qui la représente qu'une sorte de titre qu'il a pu se créer à lui-même, et que, par suite, il ne peut invoquer en sa faveur, sans justification préalable. Rappelons, enfin, que la faculté de déférer le serment d'office, d'après l'article 1329, est tout exceptionnelle, et ne peut être étendue d'un cas à un autre, au moyen d'une analogie d'ailleurs fort éloignée.

7. Les tailles corrélatives aux échantillons constatent bien le montant des fournitures, mais elles n'en établissent point le prix. Le débat, sur ce point, reste donc entier entre les par-

(1) T. 8, nº 409.

(2) ZACHARIÆ, T. 5, pag. 691, nte 1. — MARCADÉ, art. 1333, nº 3. — *Contrà*, DURANTON, T. 13, nº 235. — BONNIER, nº 616.

ties. Ce sera au demandeur, comme tel, à l'établir, la preuve contraire demeurant réservée au défendeur. Mais cette preuve pourra être faite, indépendamment de l'usage qui, en cette matière, a une très grande autorité, tant par témoins que par présomptions; car la corrélation des tailles avec les échantillons, jointe aux autres reconnaissances de fait émanées des parties, établira toujours, en cas de besoin, un commencement de preuve écrite.

8. Les tailles corrélatives aux échantillons ne sauraient, au surplus, équivaloir à un arrêté de compte ayant pour effet de faire cesser de courir la prescription abrégée, applicable aux créances pour fournitures et autres prestations, suivant les articles 2271, 2272 et 2274, C. Nap. Cette assimilation est complètement inexacte. Les tailles, en effet, forment simplement une preuve particulière de la dette, et n'impliquent par elles-mêmes aucun arrêté de compte (1). Il reste donc encore à l'établir.

On objecterait vainement que le Code range les tailles sur la même ligne que la preuve littérale, et que la prescription ne peut, dès lors, atteindre les fournitures qu'elles constatent, pas plus que lorsqu'il y a un acte, une reconnaissance ou promesse écrite. Nous nous bornerons à répondre qu'elles ne forment que très improprement une sorte de preuve par écrit, et que si la loi semble établir entre elles une espèce d'assimilation, ce n'est que quant à la foi qui leur est due; et encore, sous ce rapport, cette assimilation manque-t-elle d'exactitude. Il est vrai que le paragraphe 3, relatif aux tailles, est placé sous la section concernant la preuve littérale; mais le législateur moderne n'a fait que suivre l'ordre de Pothier. Or, cet auteur (2) dit simplement des tailles, qu'elles tiennent lieu d'écritures et font une espèce de preuve littérale.

9. Les tailles ne sont pas l'unique moyen en usage pour

(1) *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 236.
(2) *Oblig.*, n° 730.

constater des fournitures, des prestations quelconques. Dans la pratique, on emploie également, en leur attribuant telle valeur ou signification tacitement convenue ou formellement exprimée, des cachets, des jetons, des cartes, des bons imprimés ou manuscrits, signés ou non, ou simplement paraphés ou scellés, qui sont remis au fournisseur ou prestataire en signe et en échange de ses livraisons de fournitures ou de ses prestations, pour être ensuite restitués au débiteur à l'époque du payement.

S'agit-il de bons manuscrits, signés ou paraphés, ils peuvent constituer, entre les mains du créancier, un titre parfait de sa créance, ou simplement un commencement de preuve écrite. On rentre alors pleinement dans les principes de la preuve littérale proprement dite.

S'agit-il, au contraire, de tous autres signes ou symboles; comme, en cas de contestation, ils ne font aucune foi ni de l'existence ni du montant de l'engagement, le demandeur est dans la nécessité de justifier ses prétentions, conformément aux principes généraux de la preuve, soit par témoins et par présomptions, soit au moyen d'une preuve littérale ou d'un commencement de preuve par écrit, suivant l'exigence des cas. Et ce ne sera qu'après avoir préalablement établi, par l'un de ces moyens, la convention arrêtée entre lui et son adversaire, touchant l'usage, l'emploi et la valeur de ces signes et symboles, qu'il pourra les invoquer et les produire comme pièces justificatives du montant de sa créance.

§ 4. *Des Copies des Titres.*

Article 1334.

Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée.

Sommaire.

1. Les copies ne font foi que de ce qui est contenu au titre original,
2. Sans distinction.

3. Les juges ne peuvent refuser d'ordonner la représentation de l'original existant.
4. La partie qui la demande n'a pas à s'inscrire en faux.
5. Rapprochement des articles 45 et 1334.
6. Comment et par qui se fait la preuve que l'original n'existe plus.
7. L'officier dépositaire du titre est contraignable par corps.

COMMENTAIRE.

1. Jusqu'à présent, nous nous sommes exclusivement occupé des titres originaux, des conditions de leur validité et de la foi qui leur est due. En règle générale, ils sont les seuls actes qui fassent régulièrement et par eux-mêmes foi en justice, et qui soient investis d'une pleine force probante. Les simples copies, quelle qu'en soit la forme, n'ont point la même autorité.

Toutefois, une distinction est nécessaire, et elle est consacrée par les dispositions du Code Napoléon. Il s'agit de distinguer le cas où le titre original subsiste et celui où il n'existe plus.

Les copies, porte l'article 1334, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée. Cette disposition est presque littéralement extraite de Pothier (1). Alors, en effet, que le titre original subsiste, comme les copies doivent lui être de tous points et absolument conformes, la partie à qui on les oppose peut se borner à dire que leur conformité n'est point démontrée, et qu'elle ne peut l'être que par la représentation du titre original. Elle a, en conséquence, sous ce seul prétexte, le droit de l'exiger, sans avoir besoin de s'inscrire en faux contre la copie qu'on lui oppose. Si le titre est produit, il fait alors seul foi, la copie ne pouvant faire foi elle-même que de ce qui y est contenu.

2. Il n'y a, à cet égard, aucune distinction à établir entre les diverses espèces de copies. Qu'il s'agisse d'une expédition simple, ou d'une grosse revêtue de la formule exécutoire, cer-

(1) *Oblig.*, n° 731.

tifiée ou non conforme à l'original, légalisée ou non par l'officier public compétent, écrite sur papier timbré ou sur papier ordinaire, tirée en présence des parties ou en leur absence après leur appel régulier ou non; qu'il s'agisse enfin d'un acte notarié ou autre, si l'original subsiste, on peut toujours en exiger la représentation, à quelque époque que remonte sa passation.

3. Les juges ne peuvent même refuser de l'ordonner, en prétendant que la copie produite est régulière, qu'elle offre toutes garanties d'exactitude et de sincérité, que les circonstances établissent sa parfaite conformité avec le titre original, qu'enfin la demande aurait pour résultat, si elle n'était rejetée, de prolonger sans utilité la durée du procès et d'entraver la marche de la justice (1).

Mais si les différences signalées entre la copie et le titre étaient absolument insignifiantes, il y aurait lieu de passer outre.

Il devrait en être de même au cas où le titre original étant entre les mains d'un fonctionnaire étranger, sa représentation ne serait pas possible devant les tribunaux français, sauf à eux à prendre toutes autres voies convenables et possibles afin de vérifier la conformité de la copie avec l'original existant.

4. La partie qui demande la représentation du titre original n'est pas tenue, ainsi que nous l'avons énoncé, quelle que soit la régularité de la copie produite quant à la forme, de s'inscrire préalablement en faux contre elle. Il s'agit, en effet, seulement de procéder à une vérification pour s'assurer de la conformité de la copie avec le titre original; et comme elle ne doit, après tout, faire foi que de ce qui y est contenu, elle n'est investie d'aucune force probante contre laquelle il y ait nécessité de se pourvoir par la voie extraordinaire de l'inscription de faux (2).

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 692.—Cass., 15 juill. 1829. Sirey, 29, 1, 305.
(2) Cass., 15 juill. 1829. Sirey, 29, 1, 305.

5. Il semble cependant exister sur ce point une exception en faveur des extraits des registres de l'état civil. L'article 45 dispose, en effet, que ces extraits, délivrés conformes aux registres et légalisés par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplacera, font foi jusqu'à inscription de faux. La même force probante qui est attachée aux registres des actes de l'état civil, est donc attachée aux extraits de ces registres, pourvu qu'ils soient régulièrement légalisés, s'ils sont produits hors de l'arrondissement, et, dans tous les cas, délivrés conformes. Mais, pour cette dernière condition de conformité, ils rentrent dans les dispositions générales de l'article 1334. Car, pour en vérifier l'existence, il faut bien rapprocher les extraits rapportés et prétendus conformes des registres originaux d'où ils ont été tirés, si ces registres existent (1). Or, pour obtenir cette vérification, la partie qui la demande n'est pas obligée de se pourvoir au préalable en inscription de faux. Cette voie n'est exigée que pour le cas où, les registres n'existant plus, les extraits qui en ont été régulièrement délivrés font foi eux-mêmes des faits qu'ils constatent. Que si, au contraire, les registres subsistent, c'est alors contre eux, et non contre les simples extraits, que l'inscription de faux est dirigée.

6. Le droit d'exiger la représentation du titre original, conformément à l'article 1334, est subordonné, dans son exercice, à la condition que ce titre subsiste. Il se présente donc, et avant tout, une question relative à la vérification de ce fait préalable. Par cela seul que c'est une simple copie que l'on produit, il est évident qu'un original a dû préexister; or, cet original est censé existant tant qu'il n'est pas prouvé qu'il ne subsiste plus. Celui qui produit la copie et prétend qu'elle fait foi est tenu, conséquemment, aussitôt que sa conformité avec le titre original est contestée, et que la représentation en est

(1) Zachariæ, t. 1, pag. 147. — Duranton, t. 1, n° 299. — *Contrà*, Marcadé, art. 1334, n° 2. — Bonnier, n° 744. — Demolombe, t. 1, n° 318.

exigée par son adversaire, d'établir que ce titre n'existe pas. Comme la copie qu'il invoque n'a de force probante qu'au défaut de l'original, c'est à lui qu'incombe la charge de prouver l'existence du fait sous la condition duquel sa demande ou son exception doit être justifiée.

Comment se fera maintenant la preuve de la non existence du titre original? La loi n'exige point que celui qui invoque la copie établisse précisément le fait particulier qui en a amené la perte ou la destruction (1). Il lui suffit de prouver par tous moyens ordinaires, soit par titres ou par témoins, que l'acte original ne se trouve plus au lieu où le dépôt a dû en être effectué. Cette preuve faite équivaut à celle de la non existence. Le titre qui a disparu de manière à ne pouvoir être retrouvé, est ainsi réputé ne plus exister. Réduite à ces simples termes, la preuve de la non existence du titre original est toujours extrêmement facile de la part de celui qui n'en produit qu'une copie, tandis, au contraire, que si on exigeait de lui l'administration d'une preuve assortie d'explications et de détails sur l'évènement qui en a occasionné la disparition ou la perte, on lui demanderait, le plus souvent, d'accomplir l'impossible.

7. Ajoutons que la contrainte par corps a lieu contre tous officiers publics pour la représentation de leurs minutes, c'est-à-dire de leurs actes originaux, quand elle est ordonnée (2060).

Article 1335.

Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes : — 1° Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original ; il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 592, n^te 3. — Duranton, t. 13, n° 240. — Cass., 10 nov. 1830. Sirey, 30, 1, 398.

de leur consentement réciproque. — 2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, au cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes. — Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans. — Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit. — 3° Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit. — 4° Les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements.

Sommaire.

1. De la foi due aux grosses ou premières expéditions. Expressions synonymes.
2. Suite.
3. Pourquoi elles font la même foi que l'original qui n'existe plus.
4. Des copies tirées par l'autorité du magistrat.
5. Des copies figurées suivant l'article 22 de la loi du 25 ventôse an XI.
6. Des copies tirées en présence des parties et de leur consentement.
7. Les copies ne font foi qu'à l'égard des parties appelées ou consentantes.
8. Utilité et valeur de la mention dans la copie des formalités observées.
9. Des copies expressément approuvées.
10. Des autres copies.
11. Des copies anciennes. De la preuve de leur ancienneté.
12. Les copies récentes ne font qu'un commencement de preuve par écrit.
13. Des copies irrégulièrement tirées sur la minute.
14. La copie peut être opposée à qui l'original pourrait l'être, s'il existait.
15. Des copies de copies. Distinction à l'égard des grosses tirées sur une

première grosse déposée, et des copies tirées du consentement des parties.

16. Résumé. Comparaison de la rédaction des §§ 1 et 2.
17. Si les copies qui font foi sont opposables aux tiers.
18. *Quid*, si des copies différentes, faisant également foi, sont respectivement produites?
19. Si les copies font la même foi que l'original, l'inscription de faux est obligatoire.
20. Elles n'emportent pas voie parée d'exécution, si elles n'ont été délivrées en forme exécutoire.
21. Effets des copies servant de commencement de preuve par écrit.
22. Les copies de copies valent comme renseignement. Exception.
23. Des copies informes.
24. L'article 1335 est inapplicable aux actes sous seing privé,
25. Et aux actes délivrés en brevet.

COMMENTAIRE.

1. Quelle force probante est attachée aux copies, lorsque le titre original n'existe plus? Sur cette question, notre article établit plusieurs distinctions qui ont été, pour la plupart, empruntées à Pothier (1).

Les grosses ou premières expéditions font, dit-il, la même foi que l'original. Ces mots, grosses ou premières expéditions, ne signifient pas deux espèces différentes de copies. Les termes, ou premières expéditions, ne sont mis en opposition apparente avec le mot, grosses, que pour lui servir de définition ou d'explication. On entend, en effet, par grosses, les premières expéditions d'un acte public, revêtues de la formule exécutoire. Si l'article 1335 rapproche ces deux expressions, c'est que, sous notre ancienne jurisprudence, on disait grosse en pays de droit coutumier, et, en pays de droit écrit, première, seconde expédition (2). Le Code Napoléon n'a fait que consacrer, afin d'être plus intelligible, ces deux locutions également usitées lors de sa promulgation et encore aujourd'hui.

La foi due aux grosses ou premières expéditions s'explique

(1) *Oblig.*, nos 732 et suiv.

(2) Bretonnier, Quest. de droit, v° *Grosse*, t. 1, pag. 289 et 293. — Voy. Ferrière, *Science parfaite des notaires*, liv. 16, ch. 1.

par le caractère particulier de ces sortes de copies. Leur délivrance n'est, à vrai dire, que le complément du mandat et de la mission du fonctionnaire qui a reçu la minute de l'acte. Car elles sont nécessaires aux parties, afin de poursuivre l'exécution de leurs engagements respectifs, la force d'exécution parée n'appartenant qu'à elles seules. Leur titre, quelque régulier qu'il fût dans la forme, quelque valable qu'il fût au fond, perdrait une grande partie de son efficacité, si elles ne pouvaient, au moyen d'une simple copie délivrée en la forme exécutoire, poursuivre l'exécution de leurs obligations respectives, sans avoir besoin de recourir à la justice pour en obtenir d'abord la consécration. Les grosses ou premières expéditions ont donc en elles-mêmes une puissance et une autorité qui influent sur la force probante qui leur appartient à ce titre.

Quelques auteurs (1) pensent cependant que l'article 1335 prévoit deux espèces différentes de copies; les grosses d'abord, et, en outre, les premières expéditions, qui ne diffèrent de celles-ci qu'en ce qu'elles ne sont point délivrées dans la forme exécutoire. Les remarques philologiques que nous venons de faire répondent déjà à cette opinion. Il en résulte, en effet, que ces expressions de grosses et de premières expéditions sont absolument synonymes, et signifient uniquement un seul et même genre de copies. Dans le langage ordinaire, qui est ici le langage légal, consacré par un usage ancien, les mots de premières expéditions s'appliquent aux grosses, c'est-à-dire aux copies écrites en caractères plus gros que la minute, et délivrées dans la forme exécutoire. On les appelle ainsi premières expéditions, soit parce qu'elles constituent le genre de copies le plus important et que la partie a le plus d'intérêt à se faire délivrer avant toute autre, soit parce qu'une semblable copie ayant été remise à la partie une première fois, il ne peut plus lui en être régulièrement délivré une autre pareille, également dans la forme exécutoire, sans l'accomplissement de certaines formalités.

(1) TOULLIER, T. 8, nos 421, 426. — DURANTON, T. 13, no 243.

2. L'article 26 de la loi du 25 ventôse an XI porte qu'il sera délivré une grosse à chacune des parties intéressées, afin qu'elles puissent se contraindre réciproquement aux engagements respectifs qu'elles ont contractés l'une envers l'autre. Le notaire doit, en outre, faire mention de cette délivrance sur la minute, et l'article ajoute qu'il ne peut en être délivré d'autre, à peine de destitution, sans une ordonnance du président du tribunal de première instance, laquelle demeurera jointe à la minute. L'article 844, C. pr., a régularisé et expliqué les voies à prendre en pareil cas. En voici les dispositions : « La partie qui voudra se faire délivrer une seconde grosse, soit d'une minute d'acte, soit par forme d'ampliation sur une grosse déposée, présentera, à cet effet, requête au président du tribunal de première instance : en vertu de l'ordonnance qui interviendra, elle fera sommation au notaire pour faire la délivrance à jour et heure indiqués, et aux parties intéressées, pour y être présentes ; mention sera faite de cette ordonnance au bas de la seconde grosse, ainsi que de la somme pour laquelle on pourra exécuter, si la créance est acquittée ou cédée en partie. »

D'après l'article 854 du même Code, une seconde expédition exécutoire d'un jugement ne sera délivrée à la même partie, qu'en vertu d'une ordonnance du président du tribunal où il aura été rendu. Seront observées, en outre, les formalités prescrites pour la délivrance des secondes grosses des actes devant notaires.

Dans l'esprit de la loi comme dans le sens littéral de son texte, les mots, grosses et premières expéditions, caractérisent donc également les copies d'actes publics délivrées dans la forme exécutoire, par opposition aux autres espèces de copies qui, tirées avant ou après la délivrance d'une grosse ou première expédition, n'emportent point voie parée d'exécution.

Le texte même de l'article 854, C. pr., fournit un puissant argument en faveur de notre système d'interprétation. Il appelle, en effet, expédition exécutoire, la copie d'un jugement

faite dans des termes emportant exécution parée. Ces mots, grosses, premières expéditions, expéditions exécutoires, sont donc absolument synonymes, ou plutôt, s'il y a entre eux quelque différence de signification, elle tient seulement à la nature de l'acte copié. Ainsi, les termes de grosses ou de premières expéditions s'appliquent indifféremment aux actes notariés, tandis que ceux de premières expéditions ne s'appliquent qu'aux jugements et titres autres que les actes notariés. Mais la condition essentielle est toujours que les copies, quelque soit l'officier public duquel l'acte original émane, soient délivrées dans la forme exécutoire.

3. Pourquoi le législateur n'a-t-il attaché qu'à ces sortes de copies la même force probante qu'aux titres originaux? Nous en avons déjà indiqué les raisons; c'est, d'une part, que le fonctionnaire qui les délivre ne fait, quand il consomme cet acte complémentaire, que continuer l'exercice de ses fonctions; et, d'autre part, que cette copie délivrée dans la forme exécutoire devant servir à poursuivre l'exécution de l'acte, il y a présomption légale qu'elle a été faite dans toutes les conditions propres à assurer cette exécution; qu'elle est, conséquemment, en parfaite conformité avec le titre original, qui, n'existant plus, ne peut être représenté.

On comprend sans peine que la même autorité ne s'attache point aux autres espèces de copies, qui, n'étant point revêtues de la formule exécutoire, et n'étant point destinées à servir pour des poursuites en exécution, n'ont été remises aux parties intéressées que pour leur rappeler le souvenir de leurs conventions et engagements. Ces copies, fussent-elles les seules et les premières délivrées, circonstance d'ailleurs difficile à constater, puisqu'il n'en est pas fait mention sur la minute, ces copies ne sauraient faire la même foi que le titre original, quelques garanties qu'elles offrent sous le rapport de leur régularité.

La prudence conseille donc, lorsqu'on prend expédition d'un acte, de se la faire délivrer en forme exécutoire, et de ne point

se contenter d'une simple copie, quand bien même elle serait littéralement une première expédition. Si, dans le moment de sa délivrance, elle paraît suffire pour la constatation du fait, il y a, néanmoins, un intérêt très réel à avoir la voie parée d'exécution, puisqu'on peut procéder par commandement, et, par exemple, interrompre par ce moyen une prescription (1).

4. Font également la même foi que l'original, lorsqu'il n'existe plus, les copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées (1335).

Remarquons bien les conditions sous lesquelles ces copies sont investies de force probante. Elles doivent être tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées. Le concours de ces conditions est indispensable. A cet effet, requête est présentée au président du tribunal, qui rend ordonnance portant que tel jour, à telle heure et en tel lieu, copie sera délivrée par le notaire, et que les parties intéressées seront sommées de s'y trouver. En conséquence, sommation leur est adressée, et la copie est délivrée au réclamant, soit qu'elles se présentent ou non. La copie ainsi délivrée est, dit Pothier (2), une copie qu'on appelle copie en forme.

Telle est la marche ordinairement suivie. Mais rien ne s'oppose à ce que les parties procèdent par voie de citation et de débat contradictoire en justice. Seulement, le demandeur s'expose à supporter personnellement, suivant les circonstances, les frais d'instance, comme frustratoires ou illégitimes, si le défendeur n'a élevé aucune contestation. Dans ce cas, le jugement qui intervient et ordonne la délivrance de la copie, remplace l'ordonnance du président.

Les parties peuvent enfin, lors de la délivrance de la copie, collationner l'expédition à la minute, et procéder à cet égard conformément à l'article 852, C. pr.

5. Aux copies tirées par l'autorité du magistrat, il convient

(1) *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 243, en note.
(2) *Oblig.*, n° 732.

d'assimiler celles que les notaires doivent figurer, aux termes de l'article 22 de la loi du 25 ventôse an XI. Cet article est ainsi conçu : « Les notaires ne pourront se dessaisir d'aucune minute, si ce n'est dans les cas prévus par la loi et en vertu d'un jugement. Avant de s'en dessaisir, ils en signeront et dresseront une copie figurée, qui, après avoir été certifiée par le président et le commissaire du tribunal civil de leur résidence, sera substituée à la minute, dont elle tiendra lieu jusqu'à sa réintégration. » Ces dernières expressions ne permettent pas de douter que la copie figurée, bien que les parties n'aient point été présentes ni même appelées, ne fasse la même foi que la minute, et ne la remplace parfaitement. Elle n'a même été faite que dans ce but.

6. Font également la même foi que l'original, lorsqu'il n'existe plus, les copies qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque (1335). Le concours de ces deux conditions est nécessaire. Il ne suffirait pas que les parties fussent présentes, si elles n'y avaient donné leur consentement; à plus forte raison, si elles avaient expressément déclaré faire toutes réserves et protestations, et ne se présenter que pour obéir à la sommation. Car la copie ne tire sa force que de la convention tacitement intervenue entre elles, pourvu qu'elles soient capables de contracter (1).

Mais il ne nous paraît pas indispensable qu'elles donnent un consentement exprès et formel. Leur adhésion sera le plus souvent tacite et résultera de leur seule présence (2).

7. Si, lorsque la copie est tirée par l'autorité du magistrat, quelques-unes des parties seulement ont été présentes ou dûment appelées; ou bien si, lorsqu'elle est tirée sans l'autorité du magistrat, quelques-unes des parties seulement se sont présentées, et ont donné leur consentement, la copie ne fait alors la même foi que l'original qu'à l'égard de celles qui ont été

(1) Toullier, t. 8, n° 451.
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 735.

régulièrement appelées, ou qui ont comparu et donné leur adhésion. Quant aux autres, elle n'a, à leur égard, d'autre valeur que celle que déterminent les dispositions suivantes de l'article 1335.

8. Comme les copies délivrées, dans les deux cas précédents, ne font foi que parce qu'elles ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou en présence des parties et de leur consentement réciproque, il importe, bien que la loi ne l'exige point, qu'elles énoncent et relatent l'accomplissement de ces conditions. Le notaire, ou tout autre officier public, fera donc sagement de le mentionner dans la copie qu'il délivre, et surtout d'y annexer les actes de procédure qui le constatent.

La mention de l'ordonnance du juge et des sommations adressées aux parties n'est pas en effet, par elle-même, une preuve complète que les formalités voulues ont été remplies. La partie contre laquelle on se prévaut de la copie peut exiger, nonobstant cette mention, le rapport des pièces de procédure.

Si elles ne peuvent être rapportées, Pothier (1) pense qu'il suffit d'une antiquité de dix ans pour faire présumer que toutes les formes ont été observées. Il se fonde sur ce principe, que le laps de dix ans suffit pour établir la présomption légale de l'accomplissement des formes exigées, *ad solemnitatem præsumendam*. Mais ce principe n'a été nulle part consacré dans nos Codes, et encore moins dans l'article 1335. En effet, si cet article détermine une ancienneté capable de donner aux copies la même force probante que l'original, il indique celle de trente ans. Or, tant qu'on ne prouve pas l'accomplissement des conditions sous lesquelles une copie peut faire foi, on ne peut dire qu'on produit une copie régulière. Dès lors, on retombe sous l'application des dispositions suivantes. Le rapport des procédures pouvant être exigé tant que la copie ne fait pas foi

(1) *Oblig.*, n° 732. — Toullier, t. 8, n° 459.

par elle-même, c'est-à-dire tant qu'elle n'est pas ancienne, il n'y a ainsi que le laps de trente ans qui puisse dispenser de leur production, sauf aux juges à apprécier les circonstances qui empêchent cette justification, et à tenir, d'après les faits de la cause, les formalités pour régulièrement remplies.

Si la copie ne contenait pas la mention de l'ordonnance du président, ni des sommations adressées aux parties, on pourrait toujours y suppléer par l'apport des pièces ; et même, à leur défaut, comme il s'agit de formalités extrinsèques, on pourrait établir la preuve de leur accomplissement par témoins et par présomptions, la copie valant d'ailleurs, dans tous les cas, comme commencement de preuve par écrit sur le fond même des droits et obligations des parties intéressées.

Si la copie mentionne qu'elle a été délivrée en présence et du consentement réciproque des parties, cette mention, relative aux circonstances de la délivrance de l'expédition, n'est point protégée par la même force probante qui s'attache à l'original. La partie à laquelle on l'oppose peut se borner à en contester simplement l'exactitude. Mais si l'officier public avait dressé un acte régulier de la présence et du consentement réciproque des parties, la constatation de ce fait serait revêtue du sceau de l'authenticité.

Lorsque la copie ne contient aucune mention de la présence ni du consentement réciproque des parties, conditions auxquelles sa force probante est subordonnée, celui qui l'invoque est néanmoins admis à en faire la preuve au moyen d'éléments extrinsèques, pris en dehors de l'expédition elle-même. Comme elle peut au moins servir de commencement de preuve par écrit, la preuve peut même en être administrée à l'aide de moyens qui seraient inadmissibles s'il s'agissait d'établir l'existence du fait ou de la convention.

9. Alors même que les copies n'ont pas été délivrées conformément aux prescriptions de l'article 1335, cependant elles ne laissent pas de faire la même foi que l'original, à l'égard des parties qui ont apposé de leur main, au bas, au dos ou à

la marge, une approbation expresse. Elles tirent alors leur force probante de la convention et reconnaissance des parties.

10. Quant aux copies qui, sans l'autorité du magistrat ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles peuvent, en cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes (1335).

Ces dispositions sont fondées sur les principes mêmes qui régissent les attributions des officiers publics, en ce qui concerne l'authenticité de leurs actes. Lorsqu'ils délivrent à une partie copie d'un acte, outre qu'ils n'agissent point sur les réquisitions de toutes les parties intéressées, ils ne peuvent attester qu'une seule chose, à savoir qu'il existe un original dont ils tirent une copie, sans qu'il soit en leur pouvoir de certifier que ce titre original est régulier et parfait. La copie ne saurait donc faire la même foi que lui (1).

11. Cependant, lorsque les copies sont anciennes, elles peuvent, en cas de perte des originaux, faire également foi. La raison en est que ces copies témoignent au moins de l'existence et de la teneur d'un original, et que leur ancienneté empêche de supposer qu'elles aient été délivrées par complaisance, par fraude et pour le besoin de la contestation actuelle. Il est juste, d'ailleurs, que le temps, qui supprime les autres moyens de preuve, supplée lui-même la force probante des actes (2).

Les copies sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans (1335). La condition de ce laps de temps est absolue, et n'admet aucune distinction, quelle que soit la

(1) Dumoulin, *Coutume de Paris*, § 8, glose 1, n°s 48, 62 et suiv. — Pothier, *Oblig.*, n° 736.

(2) Dumoulin, *ibid.*, n° 41. — Pothier, *Oblig.*, n° 737. — Toullier, t. 8, n° 433.

matière dont il s'agisse. Sous notre ancien droit, cependant, Dumoulin (1), et Pothier (2) qui le cite, pensaient que dix ans pouvaient suffire pour faire présumer l'accomplissement des formes requises pour la solennité des actes, à moins qu'il ne s'agît d'un préjudice considérable pour autrui. Une semblable opinion ouvrait ainsi, dans son application, une très large place à l'arbitraire des tribunaux. Dans les cas ordinaires, ils exigeaient le laps de trente ou quarante ans, et, dans les questions concernant des droits qui n'admettaient qu'une prescription immémoriale et centenaire, l'acte n'était, suivant eux, réputé ancien que lorsqu'il passait cent ans. Écartant toutes ces distinctions, le Code n'admet qu'un délai uniforme de trente ans.

Ce délai est tout à fait indépendant de l'ancienneté du titre original, et ne date que du jour de la délivrance de la copie ou expédition (3). Si cette date y est indiquée, cette mention qui la relate est protégée par la même foi qui est due au corps de la copie. Ce n'est pas que la partie à laquelle on l'oppose soit tenue de s'inscrire en faux contre elle. Elle peut se borner à en contester simplement l'exactitude et la sincérité. Mais c'est à elle à prouver, d'après les circonstances, qu'elle n'est ni exacte, ni sincère.

Si, au contraire, la date de sa délivrance n'est point relatée dans la copie, la partie qui s'en prévaut peut, par tous moyens de droit, établir la date réelle à laquelle elle prétend que la pièce a été délivrée. Mais c'est à elle à faire cette preuve. Si nous l'admettons à établir, par toute espèce de moyens et par la seule appréciation des circonstances, l'ancienneté de la copie, c'est que cette copie même sert déjà, dans tous les cas, fût-elle d'apparence récente, de commencement de preuve par écrit sur l'existence des faits, dispositions et conventions qu'elle rapporte (4).

(1) *Ibid.*, nos 81 et suiv.
(2) *Oblig.*, n° 737.
(3) DUMOULIN, *ibid.*, n° 41. — TOULLIER, t. 8, n° 434.
(4) Cass., 10 nov. 1830. SIREY, 30, 1, 398.

12. Si les copies ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit (1335). Elles sont réputées récentes, soit que leur date ait été déterminée par l'appréciation des circonstances, ou qu'elle ait été expressément indiquée par l'officier public.

13. Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne peuvent servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit (1335).

La loi suppose ici une copie irrégulièrement tirée d'un acte original, puisqu'elle l'a été par tout autre que l'officier public exclusivement compétent pour la délivrer. Ce cas doit se présenter rarement, parce que la loi défendant aux notaires et aux greffiers de se dessaisir de leurs minutes, on ne voit guère comment des copies pourraient être délivrées par d'autres. Il suffit, néanmoins, que ce cas ne soit pas absolument impossible, pour qu'il ait dû entrer dans les prévisions du législateur.

Ce n'est pas qu'il s'agisse ici, pas plus que dans les dispositions précédentes, de copies qui auraient été tirées et délivrées par de simples particuliers. La loi suppose toujours qu'elles émanent d'officiers publics qui ont procédé en cette qualité, sans être cependant compétents pour en faire une délivrance régulière. C'est dans cette hypothèse qu'elle décide que ces copies ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

Elle ajoute, quelle que soit leur ancienneté. Est-ce à dire qu'elles ne peuvent servir de commencement de preuve par écrit que lorsqu'elles sont anciennes, lorsqu'elles ont trente ans? Nous ne le pensons pas. Ces expressions, quelle que soit leur ancienneté, ne sont en effet placées ici que pour marquer la différence qui existe entre les copies dont le législateur s'occupe dans ce paragraphe, et celles dont il vient de s'occuper

dans le paragraphe précédent. Elles ne signifient donc qu'une chose, à savoir que, à la différence de certaines copies qui peuvent, en cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes, celles-là, même anciennes, n'ont point une égale force probante, et ne peuvent jamais servir que de commencement de preuve par écrit. Mais alors même qu'elles ne sont pas anciennes, qu'elles sont récentes, elles peuvent encore servir, à ce titre, comme les autres (1).

14. Il est indifférent que l'acte dont il est produit une copie émane ou non de la partie à laquelle on l'oppose. Il suffit qu'il puisse être opposé, si l'original était représenté, à celui contre lequel on entend s'en prévaloir. L'article 1335 contient, en effet, une exception à l'article 1347, touchant les conditions ordinairement exigées pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit. Nous verrons bientôt que l'article 1336 contient luimême une exception semblable (2).

15. Quant aux copies de copies, elles peuvent, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements (1335). Leur force probante est ainsi infiniment restreinte; et le pouvoir d'appréciation discrétionnaire, abandonné sur ce point aux tribunaux, permet de ne faire aucune distinction entre les copies de copies, quelles qu'elles soient, qui auraient été prises par un simple particulier, soit même par l'une des parties intéressées, et celles qui auraient été tirées et délivrées par un officier public, quel qu'il soit. Il est vrai que les copies tirées par de simples particuliers ne font point foi, et ne peuvent jamais servir de commencement de preuve par écrit; mais le peu d'autorité que la loi attache aux copies de copies, comme moyens de preuve, fait que les juges peuvent facilement passer sur leur irrégularité quant à la forme, sauf à eux à les apprécier au fond, avec plus ou moins de rigueur, suivant les circonstances.

(1) TOULLIER, T. 8, n° 437.
(2) TOULLIER, T. 8, n° 433, et T. 9, n° 71.— *Contrà*, BONCENNE, T. 4, pag. 181.

N'y a-t-il cependant aucune distinction à faire entre les copies de copies? Aucune d'elles, quelle qu'elle soit, ne peut-elle jamais servir qu'à titre de simples renseignements? L'article 844, C. pr., suppose le cas où une partie veut se faire délivrer une seconde grosse, soit d'une minute d'acte, soit par forme d'ampliation sur une grosse déposée; et il indique les formalités à accomplir pour se faire délivrer régulièrement cette seconde grosse. Que cette pièce soit donc tirée, conformément à la loi, par forme d'ampliation sur une première grosse déposée; elle fera, suivant nous, la même foi que la première grosse dont elle est une copie, et qui, valant minute, fait également la même foi que le titre original. Cette seconde grosse, ainsi tirée par forme d'ampliation, est, en effet, délivrée en forme exécutoire; et vainement elle emporterait voie parée d'exécution, si elle ne faisait la même foi que le titre original, conformément aux dispositions de l'article 1335, § 1er. De sa force exécutoire, on doit donc conclure à la foi qui lui est due (1), sans préjudice, toutefois, du droit qu'a la partie qui conteste d'attaquer au fond l'acte qu'on lui oppose, à moins qu'il n'y ait eu, de sa part, approbation, confirmation ou exécution volontaire.

Mais si la copie n'avait pas été tirée conformément à l'article 844, C. pr., alors même qu'elle l'eût été sur une première grosse, laquelle fait cependant la même foi que l'original, elle ne pourrait être considérée que comme simple renseignement.

Cette exception, fondée sur ce que l'ampliation d'une première grosse déposée a été tirée par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, est la seule que nous puissions admettre. Supposons, en effet, une copie qui, d'après les dispositions de l'article 1335, § 1er, fait la même foi que l'original. Une seconde copie est tirée sur cette première, en présence des parties et de leur consentement réciproque. Elle ne fera cependant pas foi, car elle n'est qu'une copie de copie,

(1) DURANTON, T. 13, n° 250. — Voy. TOULLIER, T. 8, nos 439 et suiv.

tandis que notre article exige que la copie soit tirée par l'officier public, en cette qualité dépositaire de la minute, et sur la minute elle-même. Elle ne vaudra donc toujours que comme simple renseignemeut, jusqu'à ce que la partie qui s'en prévaut établisse qu'elle a été réellement délivrée en présence des autres parties et de leur consentement. Dès lors, elle tirera de la convention prouvée des parties une force probante qu'autrement elle n'aurait pas, et pourra valoir comme commencement de preuve par écrit, suivant l'article 1347.

Mais cette copie de copie ne pouvant par elle-même servir d'aucun commencement de preuve par écrit, la partie qui l'invoque ne peut établir qu'elle a été délivrée du consentement réciproque de ses adversaires, qu'à l'aide des moyens de preuve qui seraient exclusivement admissibles pour établir la convention que la copie relate. Autrement, il serait par trop facile d'éluder les prohibitions de la loi en matière de preuve testimoniale.

16. En résumant les dispositions de l'article 1335, on voit qu'elles rangent les copies de titre en trois catégories, sous le rapport de la force probante qui leur appartient. Les unes font la même foi que les titres originaux; les autres ne servent que de commencement de preuve par écrit; les dernières, enfin, ne peuvent être considérées que comme simples renseignements, et encore suivant les circonstances.

Avaut d'apprécier les conséquences de cette gradation dans la foi qui leur est due, comme moyens de preuve, nous devons donner quelques explications sur une différence de rédaction qui se remarque dans les termes des paragraphes 1er et 2e de l'article 1335. S'occupant des copies comprises dans le paragraphe 1er, il dit qu'elles font foi; et, quant à celles dont il traite dans le paragraphe 2e, il dit qu'elles peuvent faire foi.

Cette différence de rédaction signifie-t-elle que les juges peuvent admettre ou rejeter, comme faisant foi, les copies de la seconde espèce? La loi a-t-elle voulu leur accorder, à cet égard, une faculté dont ils peuvent user ou ne pas user, sui-

vant les circonstances? Nous pensons, au contraire, que ces mots, peuvent faire foi, sont synonymes de ceux-ci, font foi. Ainsi, d'ailleurs, s'expliquait Pothier (1), auquel ont été empruntées les principales dispositions de l'article 1335. Appliquées aux copies de titres, ces expressions, peuvent faire foi, indiquent leur propriété, leur autorité, comme éléments de preuve, sans impliquer, de la part du juge, la faculté discrétionnaire de les admettre ou de les rejeter. Si le législateur avait entendu s'écarter de l'opinion de Pothier, il aurait certainement employé une rédaction différente pour caractériser le pouvoir arbitraire qu'il conférait au juge. Les tribunaux ne peuvent donc refuser d'admettre comme faisant foi, jusqu'à preuve contraire, les copies anciennes délivrées conformément au paragraphe 2 de l'article 1335.

17. Dans tous les cas où les copies de titres authentiques sont admises par la loi comme faisant la même foi que le titre original, il n'est pas douteux qu'à l'égard des contractants, leurs héritiers et ayants-cause, elles sont investies de la même force probante. Elles remplacent, quant à eux, l'original, et font foi pleinement comme il ferait lui-même, s'il était produit.

Mais en est-il de même à l'égard des tiers? Dumoulin (2) pensait que, dans ce cas, la copie avait bien, comme preuve, la même autorité que l'original entre contractants, et devait produire ses effets à la date même de cet original, dont elle est un exemplaire; mais qu'à l'égard des tiers, les faits et la convention énoncés dans la copie ne pouvaient être reportés à la date du titre original, mais seulement à la date de la copie tirée et délivrée. Il en donne pour raison que, si la copie a été tirée par l'autorité du magistrat, il y a acte judiciaire, chose jugée, dont l'autorité ne s'étend pas aux tiers qui n'ont pas été parties en cause, et que, si la copie a été tirée du consentement réciproque des parties, il y a convention, contrat qui ne peut non plus préjudicier aux tiers.

(1) *Oblig.*, nº 737.
(2) *Ibid.*, nºˢ 37 et suiv.

L'on ajoute (1) que le notaire, par exemple, ne pouvant rendre témoignage authentique que des faits qui se sont accomplis en sa présence, et dont il a acquis la perception et la connaissance par ses sens propres, il est hors d'état, lorsqu'il se borne à délivrer une copie de titre, d'imprimer le sceau de l'authenticité à des faits et énonciations constatés dans un acte préexistant. D'où la conséquence que la copie ne fait foi, comme le titre original, qu'à partir du moment où elle a été délivrée, et que, par suite, elle ne constitue que de ce moment-là le juste titre qui doit servir de fondement à la prescription de dix ou vingt ans.

Quelque spécieuses que soient les raisons sur lesquelles s'appuie cette distinction entre les personnes à l'égard desquelles les copies sont reçues comme faisant foi, nous ne saurions, cependant, l'admettre. En disposant que, moyennant le concours de certaines conditions, les copies font la même foi que le titre original qui n'existe plus, le législateur nous semble avoir établi entre elles et ce titre une assimilation parfaite. Les termes de la loi sont absolus, et repoussent toute distinction. Il ne serait plus exact de prétendre que les copies font la même foi que les originaux, si elles ne pouvaient, quant aux faits, dispositions et conventions qui y sont relatés, être reportées à la date des originaux eux-mêmes; car ceux-ci auraient, sous le rapport de leur force probante, une autorité et une portée que les copies n'auraient pas.

Quant aux objections tirées des effets tout personnels de la chose jugée et des conventions privées, elles nous semblent déplacées ici, et prises tout à fait en dehors de l'esprit de la loi. Si le législateur exige, pour que la copie fasse la même foi que l'original, qu'elle soit délivrée par l'autorité du magistrat ou du consentement réciproque des parties, c'est uniquement afin de s'assurer, par l'intervention du juge ou l'accord des parties intéressées, de l'exacte conformité de la copie avec le titre original. Les solennités judiciaires et le pacte privé n'ont

(1) Toullier, t. 8, n° 430.

d'autre but et d'autre résultat que de garantir l'existence de ce fait. Or, du moment que cette conformité de la copie avec l'original est assurée aux yeux de la loi, la copie a la même valeur que l'original, fait la même foi que lui. Les principes concernant les effets de la chose jugée ou des conventions particulières, sont ainsi, dans l'esprit général de la loi, complètement étrangers à la stipulation des garanties spéciales qu'exige l'article 1335.

Ce point nous paraît d'autant moins susceptible d'être contesté, que le même article admet, indépendamment de toute formalité judiciaire, et en dehors de tout consentement donné par les parties, les grosses ou premières expéditions et même les copies anciennes comme faisant la même foi que l'original. Dans ce cas, M. Toullier (1) est obligé d'accorder à ces copies anciennes la même force contre un étranger que contre celui qui a été partie au contrat copié, l'article 1335 ne faisant aucune distinction entre les personnes qui ont été parties au contrat et celles qui ne l'ont pas été. Or, sur quoi est fondée la foi due à la copie, si ce n'est sur sa conformité présumée avec le titre original? Cette présomption de conformité n'est-elle pas plus forte lorsque la copie a été tirée par l'autorité du magistrat ou du consentement réciproque des parties?

Les observations qui précèdent répondent elles-mêmes à l'objection déduite de ce que l'officier public qui délivre la copie, ne saurait authentiquement certifier l'existence des faits, déclarations et conventions insérés dans l'acte original. Ce point est incontestable; mais telle n'est pas la question. Il s'agit, en effet, uniquement de savoir si cet officier public, supposé d'ailleurs compétent pour délivrer la copie, en certifie suffisamment la conformité avec le titre original. Or, la question, posée dans ces termes, est résolue par la loi elle-même, puisqu'elle admet la copie comme faisant la même foi que l'original.

Résumons-nous donc, et disons que toutes les fois que les

(1) T. 8, n° 433.

copies, expéditions ou ampliations font la même foi que les originaux qui n'existent plus, elles valent elles-mêmes comme minutes, et doivent être reportées, pour les faits, déclarations, dispositions et conventions qu'elles relatent, non pas à la date de leur délivrance, mais à celle de l'original dont elles reproduisent un exemplaire réputé de tous points conforme. Cette conclusion sera d'une vérité plus sensible, si l'on suppose qu'il s'agit de dispositions testamentaires dont les effets doivent se reporter au jour du décès du testateur.

De là ces conséquences faciles à déduire : c'est que les copies constituent, à la date de l'acte original, et non point seulement du jour où elles ont été tirées (1), un juste titre suffisant pour prescrire par dix ou vingt ans; qu'elles constatent enfin, à l'égard des tiers, en faveur de ceux qui s'en prévalent, la même antériorité de titre que si l'acte original lui-même était produit (2).

Tout ceci n'est cependant rigoureusement vrai que dans le cas où la copie fait généralement et absolument foi, comme le titre original, à l'égard de toutes parties. Supposons donc qu'elle ne fasse foi qu'à l'égard de quelques-unes seulement, parce qu'elles ont été seules dûment appelées, ou qu'elles ont seules donné leur consentement. Dans ce cas, la conformité de la copie avec l'original n'étant pas justifiée par rapport à tous, elle ne fera foi, à l'égard des tiers, que lorsque le commencement de preuve par écrit qui en résulte aura été régulièrement complété. Mais, aussitôt que le complément de preuve aura été administré, elle vaudra, par rapport à eux, de même que le titre original. Que si ce complément de preuve n'a pas lieu, elle fera foi seulement dans la mesure des droits que la partie qui s'en prévaut a à faire valoir contre ceux à l'égard desquels elle est investie d'une pleine force probante.

18. Il peut arriver que chaque partie produise une copie

(1) *Contrà*, DURANTON, T. 13, n° 214.

(2) Voy. DURANTON, T. 13, n° 214. — MARCADÉ, art. 1335, n° 1. — BONNIER, n° 747.

qui présente des variantes dans sa rédaction, et que, néanmoins, cette copie fasse également foi, conformément à l'article 1335. Il appartient alors au juge de déterminer, d'après les circonstances, quelle est celle qui doit être crue préférablement. Si, par exemple, l'une des copies produites a été tirée en présence des parties et de leur consentement réciproque, elle devra l'emporter sur celles qui auraient été tirées par l'autorité du magistrat, à moins qu'elles n'eussent été collationnées par le magistrat lui-même, conformément à l'article 852, C. pr. A plus forte raison, devra-t-elle être préférée aux grosses ou premières expéditions, et aux copies simplement anciennes. Les différences de contexte pourront, au surplus, servir elles-mêmes à rectifier les erreurs et réparer les omissions qui auraient été commises dans l'expédition de telle ou telle copie.

Toutes choses parfaitement égales, le doute devra s'interpréter contre le demandeur, parce qu'il n'administre pas la preuve dont la charge lui incombe.

19. Lorsque les copies sont admises par la loi comme faisant la même foi que le titre original, la partie qui les attaque doit s'inscrire en faux contre elles, de même que si le titre original lui-même était produit. Comme elles ont été délivrées par un officier public compétent, elles sont marquées, comme les originaux, du sceau de l'authenticité.

20. Mais, dans le cas même où elles font la même foi que les originaux, elles n'emportent voie parée d'exécution que si elles sont délivrées dans la forme exécutoire, c'est-à-dire si elles constituent régulièrement des grosses ou premières expéditions. Le créancier, sans cesser d'avoir un titre parfait, sous le rapport de la force probante, ne peut alors agir par voie d'exécution parée, et doit, pour être admis à intenter de pareilles poursuites, faire reconnaître judiciairement ses droits. Le jugement qui les consacrera formera son titre exécutoire.

21. Lorsque les copies sont simplement admises comme

servant de commencement de preuve par écrit, elles n'ont d'autre effet que de rendre admissibles tous moyens ordinaires de preuve, tels que les témoignages et les présomptions, dans le cas même où ce genre de preuve serait sans elles inadmissible. Mais elles ne forment qu'un commencement de preuve qui a besoin d'être complété; et, comme elles ne constituent point par elles-mêmes un titre parfait, elles ne peuvent toutes seules fonder une condamnation. Elles ne forment point non plus, en faveur de celui qui s'en prévaut, un juste titre qui puisse servir de fondement à la prescription de dix ou vingt ans.

Que si deux copies différentes dans leur teneur étaient produites concurremment, dont l'une fît la même foi que l'original, et dont l'autre ne servît que de commencement de preuve écrite, cette dernière pourrait néanmoins prévaloir, moyennant un complément de preuve légalement administrée, soit par témoins, soit par présomptions.

Au surplus, les juges ne sont point obligés d'admettre ces copies comme constituant un commencement de preuve par écrit. Ils peuvent les admettre ou les rejeter comme telles, suivant les circonstances de la cause et l'état de leurs convictions (1). Car il faut toujours qu'elles rendent vraisemblable le fait allégué. Cette condition, indiquée par l'article 1347, est essentielle et commune à tout élément présenté comme constituant un commencement de preuve par écrit. Il ne suffit donc pas qu'une copie soit produite; le juge a encore le droit et le devoir d'apprécier les probabilités et les vraisemblances qui en résultent en faveur de l'existence du fait allégué.

22. Quant aux copies de copies qui peuvent, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements, elles ne sauraient être légalement et utilement invoquées que lorsque le fait qu'il s'agit d'établir est susceptible d'être prouvé par témoins ou par présomptions. Si ces moyens de preuve étaient inadmissibles, les copies de copies ne seraient d'aucun

(1) DURANTON, t. 13, n° 246.

secours, puisqu'elles ne sont admises que comme simples renseignements, comme établissant des présomptions, des indices plus ou moins légers ou considérables.

Cependant, si les parties avaient respectivement invoqué comme fondement de leurs droits une simple copie de copie, chacune d'elles l'interprétant en sa faveur, et prétendant y puiser la preuve du droit par elle réclamé, les tribunaux pourraient prendre pour base de leur décision la pièce produite, puisque les parties s'en sont fait un titre commun (1).

23. Les copies informes tirées par une personne non publique ne font aucune foi, et ne peuvent même jamais servir de commencement de preuve par écrit. Le Code ne s'en occupe pas et les abandonne, par son silence, à l'appréciation des juges, qui peuvent, suivant les circonstances, y voir des indices, des présomptions plus ou moins graves (2).

Mais on pourrait, comme au cas où il s'agit de copies de copies, s'en prévaloir contre la partie qui les aurait elle-même produites et invoquées, comme établissant le fondement de ses droits prétendus (3).

24. L'article 1335 ne s'occupe que des copies d'actes publics et authentiques. Les copies d'actes sous seing privé n'ont aucune foi, à moins qu'elles ne soient tirées par les parties elles-mêmes, et revêtues des mêmes formalités que la loi exige pour la régularité du titre original. Mais alors ces prétendues copies sont de véritables originaux, et en ont toute la force probante.

Les copies des actes privés, qui seraient tirées par des notaires, ne font également aucune foi, et ne peuvent même servir de commencement de preuve par écrit, à moins que ces actes n'aient été préalablement déposés dans une étude, de manière à être revêtus eux-mêmes du caractère de l'authenticité. Nous

(1) Cass., 17 déc. 1838. Sirey, 39, 1, 317.
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 740.
(3) Dumoulin, *ibid.*, n° 36. — Toullier, t. 8, n° 444.

avons expliqué plus haut (1) sous quelles conditions ce dépôt devait être effectué, pour que l'acte privé prît rang parmi les actes authentiques.

25. Quant aux actes que les notaires délivrent en brevet, les copies qui en seraient tirées plus tard, même sous forme de grosses exécutoires (2), soit par le notaire qui a reçu l'acte, soit par tout autre notaire dépositaire, ne sauraient jamais faire la même foi que l'original. Elles peuvent, tout au plus, servir de simples renseignements, sans qu'elles puissent même être considérées comme établissant un commencement de preuve par écrit. Comme elles n'ont pas été tirées sur une minute déposée, le brevet étant remis au créancier, et n'étant pas susceptible de dépôt, elles ne rentrent point dans les termes du paragraphe 3 de l'article 1335.

Elles feraient, cependant, la même foi que le titre original, dans le cas, mais c'est le seul, où le brevet aurait été, toutes parties présentes ou dûment appelées, déposé comme minute dans une étude de notaire, soit de celui qui a reçu l'acte ou de tout autre. On rentre alors pleinement dans les dispositions de l'article 1335, suivant les distinctions qu'il établit. Les copies qui en seront tirées plus tard feront donc, suivant les cas, soit la même foi que l'original, soit simplement un commencement de preuve par écrit.

Mais il ne paraît même pas que la partie qui veut obtenir une expédition d'un brevet non régulièrement déposé, puisse invoquer les dispositions de l'article 844, C. pr. (3). Cet article suppose, en effet, que l'acte existe encore ou du moins a existé en minute, puisqu'il s'agit d'une deuxième grosse, soit sur minute, soit sur grosse déposée. Le notaire dessaisi du brevet n'a, d'ailleurs, désormais aucune qualité pour en délivrer une expédition. Sons aucun rapport donc, on n'est dans les termes de cet article 844. C'est au porteur du brevet à s'en contenter comme d'un titre original parfait.

(1) Art. 1317, n° 40.
(2) Toullier, t. 8, n° 422.
(3) *Contrà*, Toullier, *ibid.*

Article 1336.

La transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit, et il faudra même pour cela — 1° qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier; — 2° qu'il existe un répertoire en règle du notaire qui constate que l'acte a été fait à la même date. — Lorsque, au moyen du concours de ces deux circonstances, la preuve par temoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient entendus.

Sommaire.

1. Différence entre l'article 1336 et l'opinion de Pothier.
2. Suite.
3. Suite.
4. Les juges ne sont pas obligés d'admettre, dans tous les cas, la transcription comme établissant un commencement de preuve par écrit.
5. Les conditions exigées par l'article 1336 sont irritantes.
6. Il est inapplicable aux actes sous seing privé.
7. Des relations des registres de l'enregistrement.
8. Distinction. Espèce jugée.
9. Suite. Conséquences de l'arrêt rendu par la Cour de cassation.
10. Les articles 1335 et 1336 n'excluent pas les moyens ordinaires d'établir l'existence d'un acte.
11. Ils sont inapplicables aux exploits et actes d'huissier.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1336 décide une question controversée dans notre ancien droit, et il la décide dans le sens de Pothier (1). Boiceau (2) pensait que la copie entière et littérale d'un acte sur les registres publics faisait au moins un commencement

(1) *Oblig.*, n° 738.
(2) *De la preuve*, P. 1, ch. 11.

de preuve écrite, qui devait rendre admissible la preuve testimoniale. Mais Danty considérait cette question comme souffrant beaucoup de difficulté. Pothier admettait bien la preuve testimoniale, mais moyennant le concours de deux conditions. Il voulait, d'abord, qu'il fût constant que les minutes de tous les actes passés par le notaire, dans l'année dans laquelle on prétendait que l'acte avait été fait, ne se trouvaient point. Jusque-là notre article est parfaitement d'accord avec l'opinion de Pothier.

Mais il ajoute une alternative toute favorable au demandeur qui se prévaut de la transcription. Il veut, au moins, que l'on prouve, si les minutes de l'année ne sont pas toutes perdues, que la perte de la minute de l'acte a été faite par un accident particulier. La preuve de ce fait offre, en effet, une suffisante garantie, et les dispositions du Code sont, sur ce point, un équitable tempérament apporté à l'opinion trop rigoureuse de Pothier.

2. D'un autre côté, l'article 1336 exige une seconde condition toute nouvelle. Il veut qu'il existe un répertoire en règle du notaire qui constate que l'acte a été fait à la même date, c'est-à-dire à la date qui lui est assignée dans la transcription. Que si ce répertoire n'était pas représenté, on offrirait vainement de prouver l'accident particulier qui en a occasionné la perte. Les termes de la loi sont clairs ; ils exigent qu'il existe un répertoire. C'est donc sa représentation qui est exigée, sans qu'elle puisse être suppléée par la preuve de l'accident particulier qui en a causé la perte. Il faut enfin ne pas perdre de vue que ce n'est que par exception, et contrairement aux principes du droit commun, que la transcription d'un acte peut servir de commencement de preuve par écrit. Raison de plus pour s'en tenir rigoureusement au texte de notre article.

3. Pothier voulait, et c'était sa seconde condition, que le demandeur offrît de faire la preuve de l'existence de l'acte par les témoins qui auraient été présents lorsque l'acte a été fait, ou du moins qui auraient entendu les parties en convenir. Et

il ne suffirait pas, ajoute-t-il, que le demandeur prouvât qu'on a vu l'acte entre ses mains; car ces témoins qui voient l'acte ne savent pas si cet acte est véritable, ni s'il est revêtu de ses formes. Ainsi, Pothier n'exigeait pas exclusivement et avant tout l'audition en témoignage des témoins instrumentaires, mais bien de toutes personnes indifféremment qui avaient été présentes à la convention, sans participer autrement à l'œuvre du notaire qui recevait l'acte.

L'article 1336 s'écarte, en ce point, de l'opinion de Pothier. Il sera nécessaire, dit-il, que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient entendus. On ne peut donc se dispenser de les entendre, alors même que l'on produirait d'autres personnes qui, sans avoir servi de témoins instrumentaires, auraient été présentes lorsque la convention a été faite.

Mais en parlant de leur audition, la loi n'entend pas demander l'impossible. On serait donc dispensé de les entendre, si les témoins instrumentaires, bien qu'encore vivants, étaient en état de démence, en cas de récusation légale, absents sans nouvelles, ou dans des pays étrangers et lointains.

Moyennant le concours de ces conditions : preuve de la perte de toutes les minutes de l'année, ou de l'accident qui a causé la perte de la minute, représentation du répertoire, et, en conséquence, audition des témoins instrumentaires, la transcription sur les registres publics servant de commencement de preuve par écrit, tous autres moyens de preuve, témoignages et présomptions, deviennent dès lors admissibles. Et, parmi les témoins entendus, ceux qui ont vu l'acte entre les mains de telle ou telle partie seront sans doute les plus importants, bien qu'ils n'aient pu, à la rigueur, en apprécier la sincérité et la régularité.

4. Alors même que les conditions exigées par notre article se trouvent concourir, les juges ne sont point obligés d'admettre la transcription sur les registres publics comme constituant un commencement de preuve par écrit. Ils conservent

le droit de vérifier si, d'après les circonstances et les faits particuliers de la cause, cette transcription rend vraisemblable l'existence du fait allégué. Ils ont donc la faculté d'admettre, ou de rejeter comme insuffisant et imparfait, le commencement de preuve par écrit que le demandeur prétend en faire résulter.

D'un autre côté, pour en faire un titre régulier de condamnation, ils doivent le compléter au moyen de témoignages ou de présomptions.

5. Si les conditions exigées par l'article 1336 n'existent point, les juges, quel que soit le pouvoir discrétionnaire que la loi leur accorde quant à l'appréciation des éléments constitutifs d'un commencement de preuve par écrit, ne peuvent admettre la transcription comme formant un commencement de preuve de ce genre. Les termes de notre article sont formellement exclusifs, et posent des conditions irritantes.

Vainement on prétendrait n'attribuer aux juges que la faculté de voir, suivant les circonstances, dans la transcription, un commencement de preuve par écrit. L'exercice purement facultatif de ce pouvoir arbitraire manque ici de toute espèce de fondement. Car on ne peut, sons aucun rapport, le faire rentrer dans les termes de l'article 1347, qui donne la définition de ce que la loi entend par commencement de preuve par écrit. La transcription d'un acte sur les registres publics, quelques garanties d'exactitude et de sincérité qu'offre le fonctionnaire qui l'accomplit, ne constitue point, en effet, un acte par écrit qui émane de celui contre lequel la demande est formée. Il faudrait donc, pour y attacher ce degré de force probante, le concours de quelque élément particulier qui rentrât spécialement dans les termes de l'article 1347.

6. La transcription d'un acte sous-seing privé ne peut jamais servir de commencement de preuve par écrit. La raison en est évidente : c'est que, dans ce cas, il est impossible d'accom-

plir les conditions exigées par l'article 1336 (1), dont les termes mêmes ne comprennent que les seuls actes des notaires.

7. Les dispositions de cet article sont inapplicables à la simple relation d'un acte sur les registres de l'enregistrement. Les actes n'y sont, en effet, relatés que sommairement et par extraits. Ces relations ne présentent donc point des garanties suffisantes d'exactitude et de sincérité, et ne sauraient être assimilées à la transcription, qui est une copie entière et littérale.

Elles ne rentrent point davantage dans la définition que l'article 1347 donne du commencement de preuve par écrit. Car elles ne constituent point d'acte écrit émanant de la personne à qui on l'oppose. Il est vrai que la transcription elle-même ne rentre point non plus dans les termes de cette définition générale. Mais, ainsi que nous l'avons remarqué, les dispositions de l'article 1336 sont exceptionnelles, et ne doivent pas être appliquées à des cas différents, sous prétexte d'une analogie qui même est imparfaite. La relation d'un acte sur les registres de l'enregistrement, quelque vraisemblable qu'elle rende l'existence de cet acte, ne peut donc être invoquée que comme une présomption plus ou moins grave, et ne constitue point un commencement de preuve par écrit, alors même que les deux conditions exigées par l'article 1336 seraient également accomplies (2).

Quant aux actes sous seing privé, les relations des livres de l'enregistrement qui les concernent sont encore plus évidemment inefficaces pour former un commencement de preuve par écrit, puisque les conditions exigées par l'article 1336, au cas de transcription, ne peuvent jamais concourir. Ce principe a

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 693. — Duranton, t. 13, n° 255.

(2) Toullier, t. 9, n° 72.—Zachariæ, t. 5, pag. 693. — Locré, t. 2, pag. 283, 403 et 520. — Marcadé, art. 1336, n° 2. — Bonnier, n° 754. —Grenoble, 5 juill. 1845. Sirey, 46, 2, 387.—*Contrà*, Duranton, t. 13, n° 255.

été appliqué au cas d'un testament olographe (1), et d'un acte de nantissement qui même avait été transcrit en entier sur les registres de l'enregistrement (2).

8. Cependant, s'il s'agissait d'un acte public, et que cet acte eût été transcrit en entier sur ces registres, ou que sa relation y fût assez complète et assez détaillée pour équivaloir à une véritable transcription, et que toutes les conditions exigées par l'article 1336 se trouvassent réunies, la relation sur les registres de l'enregistrement pourrait alors servir de commencement de preuve par écrit. On rentre en effet, dans ce cas, dans les termes de notre article.

Ainsi l'a décidé la Cour de cassation, dans l'espèce suivante : La dame Teulon, mère d'un enfant naturel dont elle attribuait la paternité au sieur Coste, forme contre ce dernier une demande de pension alimentaire. A l'appui de sa demande, elle représente l'acte de naissance, du 25 brumaire an XII, dans leqnel il était dit que l'enfant avait été reconnu comme fils du sieur Coste, par le sieur Astruc, porteur d'une procuration spéciale de ce dernier. Cet acte constatait, en outre, que l'original de la procuration passée en brevet devant notaire, le 6 vendémiaire précédent, avait été remis à l'officier de l'état civil, et par lui annexé à l'acte de naissance. Mais cette procuration ne se trouvait plus dans le registre.

Coste, qni avait désavoué sa paternité par acte authentique dès le 12 novembre 1807, renouvela ce désaveu et prétendit qu'il n'avait jamais donné mandat de faire la reconnaissance dont on se prévalait contre lui. La dame Teulon demanda alors à faire preuve de l'existence de ce mandat, et elle produisit 1° un extrait du registre de l'enregistrement, ainsi conçu : du 18 vendémiaire an XII, enregistré procuration en blanc pour reconnaître un enfant dont est enceinte Jeanne Teulon; 2° un extrait du répertoire du notaire qui avait reçu la procuration.

(1) Lyon, 22 fév. 1831. Sirey, 31, 2, 280.
(2) Aix, 21 fév. 1840. Sirey, 50, 2, 570.

cas, une exception aux prohibitions concernant la preuve testimoniale, et autorise le créancier qui a perdu son titre écrit à prouver la perte qu'il allègue, en justifiant qu'elle a été la suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. Mais telle est alors la situation du créancier, qu'il est tenu de faire une preuve entière et complète, sans avoir en sa possession aucun des éléments prévus par ces deux articles qu'il puisse invoquer.

Ce ne sont pas seulement les actes constatant des conventions, mais encore ceux contenant des dispositions testamentaires, dont l'existence peut ainsi être établie. Par exemple, bien qu'un testament authentique ne soit pas représenté, ni aucune copie ou expédition régulière, les juges peuvent, néanmoins, en reconnaître l'existence et en ordonner l'exécution, en se fondant, soit sur les aveux et déclarations de celui par le fait duquel on prétend qu'il s'est adiré, soit sur l'existence d'une copie signifiée par huissier, à une date plus ou moins ancienne, à l'occasion d'une contestation antérieure (1).

11. Les articles 1335 et 1336 sont inapplicables aux exploits et actes d'huissier. Les termes mêmes dans lesquels leurs dispositions sont conçues indiquent que ces actes sont en dehors de leurs prévisions. On ne peut donc suppléer la représentation des originaux ni par les extraits des registres de l'enregistrement, ni par leur transcription sur des registres publics, ni même par la production de l'une des copies. En admettant que de pareils éléments de preuve fussent suffisants pour établir l'existence de l'original, ils sont impuissants et inefficaces pour justifier qu'il a été fait régulièrement et suivant les conditions de forme déterminées par la loi (2). Mais il reste toujours l'article 1348, dont les dispositions générales doivent être appliquées quand cesse l'application de l'article 1336.

(1) Cass., 3 mai 1841. Sirey, 41, 1, 720.

(2) Boncenne, t. 2, pag. 242.—Chauveau, sur Carré, *Quest.* 327 *bis.* —Cass., 1er août 1810. Sirey, 14, 1, 81.—*Contrà*, Bordeaux, 9 mai 1848. Sirey, 48, 2, 549.

§ V. *Des Actes récognitifs et confirmatifs.*

ARTICLE 1337.

Les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée. — Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. — Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.

Sommaire.

1. Titre primordial et récognitif.
2. Les actes de reconnaissance peuvent être envisagés à un triple point de vue.
3. Comme moyens de preuve. Aperçus historiques. Distinction.
4. Suite.
5. De la relation du titre primordial.
6. Elle n'empêche pas d'en ordonner la représentation, s'il existe.
7. Il faut toujours en revenir au titre primordial.
8. Les parties peuvent convenir que la représentation du titre primordial ne pourra être exigée.
9. L'acte récognitif n'existe que par l'intention de reconnaître. Des reconnaissances incidentes.
10. Des changements, additions et différences dans l'acte récognitif. Distinction.
11. Quand il y a changement?
12. Le second paragraphe de l'article 1337 s'applique à toute espèce de modifications.
13. Du cas où il y a plusieurs reconnaissances conformes.
14. Le juge a alors la faculté de dispenser de la représentation du titre primordial.
15. Ce n'est pas qu'il s'agisse, dans ce cas, de prescription.
16. L'exception s'applique même au cas de changements et de différences.
17. Critiques exagérées de l'article 1337.
18. Les reconnaissances peuvent, en tout cas, former un commencement de preuve écrite,
19. Même lorsqu'il s'agit de changements. De l'intention d'innover.

20. En quels cas le titre récognitif peut l'emporter sur le titre primordial.
21. L'article 1337 ne s'applique qu'au cas où il existe un titre primordial.
22. Il est inapplicable en matière de commerce.
23. Les actes récognitifs sont soumis aux conditions générales.
24. Pour reconnaître, il faut avoir la capacité de disposer.
25. Des actes récognitifs considérés comme moyen d'interrompre la prescription.

COMMENTAIRE.

1. Le titre primordial, ainsi que son nom l'indique, est l'acte écrit qui, le premier et dès le principe, constate l'existence d'une obligation. Le titre récognitif, au contraire, est celui par lequel une personne déclare qu'elle est tenue envers une autre d'une obligation préexistante.

2. Les actes portant reconnaissance d'engagements antérieurs doivent être envisagés à un triple point de vue, 1° comme moyens de prouver l'existence de l'obligation ; 2° comme moyens d'en opérer la confirmation ; 3° enfin, comme moyens d'en interrompre la prescription. Les conditions essentielles à leur efficacité sont différentes, suivant qu'il s'agit d'en faire résulter la preuve ou la confirmation de l'engagement, ou l'interruption de la prescription.

Le même acte peut, au surplus, produire ce triple effet. On comprend en effet parfaitement que le débiteur peut, en même temps qu'il reconnaît envers le créancier l'existence d'un engagement antérieur, confirmer cet engagement, soit en lui donnant une force nouvelle ou une force qu'auparavant il n'avait pas, et, en même temps encore, interrompre la prescription qui courait à son profit, au moyen de cet acte de reconnaissance et de confirmation.

L'article 1337 ne s'occupe des actes récognitifs que comme moyens de prouver l'existence d'une obligation préexistante. Considérés comme moyens de confirmer une obligation, ils rentrent dans les dispositions des articles suivants. Envisagés enfin comme moyens d'interrompre la prescription, ils font le sujet de l'article 2248. Nous avons ainsi, en les caractérisant par leurs effets, les actes récognitifs, les actes confirmatifs et les actes interruptifs.

3. Considérés comme moyens de preuve, les actes récognitifs ont, dans la pratique de notre droit moderne, une importance beaucoup moins considérable qu'autrefois. Sous notre ancien droit, les concessions féodales et ecclésiastiques, les emphytéoses, les baux à rente et autres engagements de la même espèce, aujourd'hui moins fréquents et pour la plupart inusités ou même abolis, fournissaient, sans sortir de l'ordre des intérêts privés, de nombreux sujets d'application aux principes concernant les actes récognitifs. D'autre part, et dans un ordre d'intérêts plus élevés, l'octroi de la part des rois, des seigneurs ou du clergé, de chartes, de franchises, d'immunités, de priviléges et de grâces, ramenait nécessairement, dans la pratique, les questions relatives aux actes portant reconnaissance, à leurs conditions quant à la forme et à leur efficacité quant au fond.

Le droit canonique posa le premier en cette matière, comme en plusieurs autres, les principes juridiques. C'est à lui que Dumoulin (1) emprunta sa théorie des actes récognitifs et confirmatifs; et Pothier (2) l'a reproduite en la résumant. Ce dernier auteur a servi de guide au législateur moderne.

L'opinion de ces auteurs, ainsi que les dispositions de l'article 1337, repose sur ce principe qui lui sert de point de départ : c'est que toute reconnaissance suppose une obligation préexistante; que le titre récognitif ne fait qu'en déclarer et reconnaître l'existence, sans rien innover, sans rien étendre ni rien diminuer des dispositions du titre primordial.

Passant aux conséquences de ce premier principe, le droit canonique en déduisait que les actes simplement récognitifs n'ajoutaient rien à la validité du titre primordial; qu'ils ne lui donnaient point une force nouvelle, s'il n'était valable dès le principe, à moins qu'il ne fût établi que le débiteur avait eu l'intention d'en réparer les vices, et de lui donner une valeur que, sans cette confirmation, il n'avait pas.

(1) *Paris*, § 8, glose 1, nos 84 et suiv.
(2) *Oblig.*, nos 742 et suiv.

Nous retrouverons ce principe et ces conséquences dans les dispositions du Code Napoléon ; mais nous ne pouvons nous empêcher de remarquer ici la confusion qu'ils tendent, tout d'abord, à établir, et qu'ils avaient effectivement établie dans notre ancien droit, entre les actes simplement récognitifs et les actes confirmatifs. Ce n'est pas que les nombreux points de contact par lesquels ces actes se touchent n'aient contribué eux-mêmes, surtout dans la pratique, à établir cette confusion contre laquelle les auteurs et les tribunaux ne se sont pas toujours garantis. Mais il importe de les distinguer avec soin ; et c'est à la théorie qu'il appartient de leur restituer leurs caractères propres, et de marquer les différences essentielles qui les séparent. Il en résulte, en effet, des conséquences pratiques fort importantes.

Partant du principe que nous venons de rappeler, Pothier distinguait donc, d'après Dumoulin et les canonistes, deux espèces de titres récognitifs ou reconnaissances : celles qu'ils appellent *ex certâ scientiâ*, et celles qu'ils nomment *in formâ communi*.

Les reconnaissances *ex certâ scientiâ*, appelées aussi *in formâ speciali*, étaient celles où la teneur du titre primordial était relatée. Elles équipollaient à ce titre.

Les reconnaissances *in formâ communi* étaient celles où la teneur du titre primordial n'était pas relatée. Ces reconnaissances (nous copions Pothier qui cite lui-même Dumoulin), servaient seulement à confirmer le titre primordial et à interrompre la prescription ; mais elles ne confirmaient le titre primordial qu'autant qu'il était vrai ; elles n'en prouvaient point l'existence, et elles ne dispensaient point le créancier de le rapporter.

Dumoulin (1) marque plus énergiquement les différences qui distinguaient les deux espèces de reconnaissances. Il y a, suivant lui, cette différence entre elles, que la confirmation donnée *in formâ communi* ne prouve point l'existence du titre

(1) *Ibid.*, n° 88.

prétendu confirmé, tandis que la confirmation donnée *ex certâ scientiâ* en fait foi. C'est que celle-là a un caractère de présupposition et de condition, et que celle-ci est pure et simple et certaine. Quand celui qui confirme le fait *in formâ communi*, sans relater tout au long, *ad longum*, la teneur du titre primordial, il se réfère à ce titre seulement en tant qu'il est régulier, légitime et valable. Et alors il n'apparaît pas qu'il ait eu l'intention de l'approuver purement et simplement, mais uniquement dans la présupposition et sous la condition qu'il n'est entaché d'aucun vice, *si ita sit* (1).

4. Ces aperçus reposent, à coup sûr, sur un grand fonds de vérité. Aussi, l'opinion de Pothier et de Dumoulin a-t-elle été, au moins dans ce qu'elle a d'essentiel et de principal, consacrée par l'article 1337. Les actes récognitifs, dit-il, ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée.

Un simple acte de reconnaissance, authentique ou sous seing privé, en tant qu'il est considéré comme moyen de preuve, est donc insuffisant par lui-même pour établir l'existence d'une obligation préexistante qui a été le sujet d'un titre primordial. C'est toujours à ce dernier titre qu'il faut en revenir, en vertu de cette maxime qui domine la matière des reconnaissances : à savoir que la rénovation simple du titre ne produit, au fond, aucune innovation dans l'engagement.

5. Mais il y a exception quand la teneur du titre primordial est spécialement relatée dans le titre récognitif. Ce dernier acte fait alors pleine foi de l'existence de l'obligation; et, s'il est en forme exécutoire, bien que l'acte primordial n'ait point la même force, il emporte voie parée d'exécution, comme s'il était le seul titre constitutif de la dette.

Que doit-on entendre par la relation spéciale de la teneur du titre primordial? Bien évidemment la loi n'exige point, comme Dumoulin le voulait, que ce titre soit reproduit en

(1) POTHIER, *Constitution de rente*, n° 151.

entier et transcrit littéralement, tout au long, *ad longum*, dans le titre récognitif. La relation de la teneur d'un acte n'en est ni la copie ni la transcription entière et littérale. Si les expressions de l'article 1337 ne l'établissaient point suffisamment par elles-mêmes, il suffirait, pour s'en convaincre, de remarquer que la loi vient de s'occuper, dans les dispositions qui précèdent, de la copie et de la transcription des actes, choses différentes en elles-mêmes et dans l'expression.

La teneur de l'acte primordial sera donc censée relatée, lorsque le titre récognitif, sans en reproduire littéralement le contexte, en rapportera les dispositions, en énonçant la nature de l'obligation, son montant, les choses qui en font le sujet, son exigibilité, la date et les autres circonstances du titre primitif qui la constitue. Il est vrai que les canonistes et Dumoulin exigeaient, dans le cas de la confirmation qu'ils appelaient en forme spéciale, la reproduction entière de la teneur du titre. Mais, pour établir que l'article 1337 n'est pas aussi rigoureux, il nous suffit d'observer d'abord qu'il ne s'agit point ici d'actes confirmatifs, mais seulement d'actes récognitifs, considérés comme moyens de prouver l'obligation dont ils présupposent l'existence. D'autre part, Pothier, qui a servi de guide aux rédacteurs du Code, se borne à exiger que la teneur du titre primordial soit relatée. Il n'y a ainsi, entre l'expression de son opinion et la rédaction de l'article 1337, d'autre différence que l'insertion du mot, spécialement. Mais ce terme lui-même, qui ne donne pas une portée sensiblement différente à notre article, semble n'y avoir été inséré que pour mieux caractériser les conditions de forme que doivent réunir les reconnaissances dites *in formâ speciali*. Ajoutons enfin que, pour les actes confirmatifs proprement dits, l'article 1338 exige seulement que la substance de l'obligation s'y trouve rapportée.

Il sera donc pleinement satisfait aux prescriptions de l'article 1337, lorsque l'acte de reconnaissance mentionnera le titre primordial, en énonçant ses dispositions de manière à ne laisser aucun doute sur son existence, son identité, et à suffire lui-même pour préciser et déterminer la portée de l'engage-

ment (1). Dès lors, il importe peu que le titre récognitif soit ancien ou récent. La foi qui lui est due est indépendante de sa date.

Mais il serait irrégulier et inefficace comme acte de reconnaissance, si la relation du titre primordial ne résultait pas expressément de sa rédaction même. Vainement on prétendrait en compléter la relation inexacte ou incomplète, à l'aide d'éléments étrangers pris en dehors des termes dans lesquels il est conçu.

Il s'ensuit que les tribunaux ont, sur ce point, un pouvoir assez étendu d'interprétation, puisqu'il leur appartient d'apprécier, suivant les circonstances, si les termes de l'acte récognitif contiennent ou non une relation suffisante du titre primordial. Mais, dans l'exercice de ce pouvoir d'interprétation, ils doivent ne pas perdre de vue qu'il ne suffirait point, pour satisfaire aux prescriptions de la loi, d'énoncer, par forme de résumé ou d'extrait succinct, les principales dispositions du titre primordial. Il n'est pas vrai alors que sa teneur soit spécialement relatée, puisque le titre récognitif est insuffisant pour établir, au défaut du titre primitif, les conditions et la portée de l'engagement. S'agit-il, par exemple, d'un acte de vente, il y a nécessité de mentionner le vendeur et l'acquéreur, la chose vendue, le montant du prix, les conditions du payement, toutes les circonstances enfin qui sont de nature à caractériser et spécifier l'obligation.

6. Alors même que le titre récognitif relate spécialement la teneur du titre primordial, et dispense en conséquence de sa représentation, quand il est adiré, néanmoins, s'il est établi, par l'aveu du créancier ou par tout autre moyen de preuve, que ce titre primordial existe, la représentation non seulement peut, mais encore doit en être ordonnée par le juge, sur la demande de l'une ou de l'autre partie. Régulièrement, en effet, l'acte récognitif ne dispense pas de la production du titre primitif,

(1) TOULLIER, T. 8, n° 484, et T. 10, n° 334.—ZACHARIÆ, T. 2, pag. 448. — BONNIER, n° 738. — *Contrà*, MARCADÉ, art. 1337, n° 4.

et, s'il le remplace, ce n'est que sous certaines conditions de forme, et seulement au cas où il est perdu. Telle est l'opinion de Pothier (1), qui suppose, quand il dit que les reconnaissances faites *in formâ speciali* équipollent au titre primordial et en prouvent l'existence, que ce titre est effectivement adiré. Les rédacteurs du Code ont suivi trop fidèlement la doctrine de cet auteur, pour qu'on puisse admettre qu'en ce point ils s'en soient écartés.

L'application du second paragraphe de l'article 1337 suppose elle-même que le titre primordial peut au moins être représenté, puisqu'il dispose que ce que le titre récognitif contient de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent n'a aucun effet. Comment, en effet, serait-il possible d'exécuter cette disposition, si, sous le seul prétexte que l'acte récognitif est en forme, celui qui s'en prévaut pouvait se dispenser de produire le titre primitif, dont l'existence est démontrée par son propre aveu ou par tout autre moyen régulier de preuve? En l'absence de ce titre, tout rapprochement, toute comparaison est impossible, et le second paragraphe de l'article 1337 demeure sans application et sans sanction. D'ailleurs, comme le font remarquer les annotateurs de M. Zachariæ (2), la partie qui s'oppose à la représentation du titre primordial qui existe, n'aurait d'autre intérêt que celui de profiter des changements que l'acte récognitif contient à son avantage. Or, cet intérêt est illégitime aux yeux de la loi, puisque ces changements ne doivent produire aucun effet.

7. Il faut donc, autant que cela est possible, en revenir au titre primordial, soit qu'il n'existe qu'un seul acte récognitif régulier, soit qu'il en existe plusieurs irréguliers, conformes ou différents entre eux. Le législateur est tellement pénétré de cette pensée, que les simples actes de reconnaissance, quelle qu'en soit la forme, n'ont d'autre objet que de déclarer et reconnaître, sans aucune innovation, l'obligation pré-

(1) *Oblig.*, n° 743.
(2) T. 2, pag. 449, n^te^ 10.

existante, qu'il dispose que ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent n'a aucun effet (1337).

Ces dispositions sont absolues comme la présomption qui leur sert de principe. Les actes simplement récognitifs doivent donc toujours être réduits aux termes et aux proportions de l'acte primordial, auquel ils sont censés ne vouloir ni ne pouvoir, conformément à l'intention présumée des parties, rien ajouter ni rien retrancher. Mais remarquons que ce n'est là qu'une présomption de droit. Nous aurons à développer plus loin cette observation que, pour le moment, nous nous bornons à consigner.

8. Les parties peuvent, au surplus, valablement convenir, en passant un acte récognitif, que la représentation du titre primordial ne pourra être exigée. Cette renonciation au droit de se prévaloir des dispositions de l'article 1337, ne concernant que des intérêts purement privés, n'est contraire, ni à l'ordre public, ni aux prohibitions de la loi. Elle doit donc produire ses effets, alors même, par exemple, qu'il s'agirait d'une rente qu'on dit entachée de féodalité, et abolie, en conséquence, par l'article 5 de la loi du 25 août 1792 (1).

9. Mais pour que l'acte récognitif, qui relate spécialement la teneur du titre primordial, puisse dispenser de la représentation de ce dernier titre, il faut qu'il ait été fait réellement dans le but et avec l'intention de reconnaître l'obligation préexistante. Si cette prétendue reconnaissance ne se rencontrait que par forme d'énonciation incidente, dans un autre acte qui a été dressé dans une autre intention que de déclarer et reconnaître l'engagement, elle ne vaudrait point comme acte récognitif.

Tel est le cas où le débiteur d'une rente retire quittance des arrérages qu'il paye, en y faisant ou en y laissant insérer que c'est pour telle rente, constituée tel jour, au capital de...,

(1) Cass., 5 déc. 1837. — Sirey, 38, 1, 72.

Comme cette énonciation n'a pour objet que de causer la quittance, et non de reconnaître la rente principalement, la quittance ne fait pleine foi que du payement des arrérages, et non de l'existence de la rente; ou plutôt elle ne fait foi de l'existence de la rente, qu'en ce qui concerne le fait particulier du payement qui y est constaté. Ainsi, il en résulte que le prétendu débiteur ne s'est point obligé pour l'avenir, mais qu'il ne peut agir en répétition de l'indû, qu'à la charge par lui de prouver que la rente n'était pas actuellement due. Si, en effet, on peut légitimement induire du payement que celui qui l'opérait croyait, à ce moment-là, effectivement devoir, ainsi qu'il l'a fait ou laissé exprimer dans l'acte, néanmoins, on ne peut en conclure qu'il ait eu l'intention de s'engager irrévocablement pour l'avenir, alors que des circonstances particulières l'ont plus tard détrompé de sa fausse croyance (1).

Du reste, on ne peut disconvenir que la quittance contenant une semblable reconnaissance, bien qu'elle ne fasse pas toute seule pleine foi, ne puisse contribuer à établir la preuve de l'existence de l'obligation, lorsqu'elle est jointe à d'autres documents. Elle constitue même un commencement de preuve par écrit (2).

Observons, toutefois, qu'il ne faut point considérer comme purement incidente toute reconnaissance qui aurait été intercalée, par forme d'énonciation, dans un autre acte, et par cela seul qu'elle y aurait été ainsi intercalée. Il importe peu, en effet, qu'elle se trouve dans un autre acte, si elle y a été insérée principalement dans le but et avec l'intention de reconnaître l'obligation préexistante, et de s'y engager pour l'avenir. Mais il faudra toujours, pour qu'elle vaille comme titre récognitif parfait, qu'elle relate spécialement la teneur du titre primordial. La solution de cette question est donc elle-même, on le comprend sans peine, subordonnée à l'appréciation des circonstances.

(1) DUMOULIN, *De usuris, Quæst.* 20, n° 20. — POTHIER, *Constitution de rente*, n° 153.

(2) POTHIER, *ibid.*

10. Quant aux changements, additions et différences qui peuvent se trouver dans un acte récognitif, Pothier (1) fait cette distinction : Si le débiteur s'est obligé à plus ou à quelque chose de différent, il doit, suivant lui, en être déchargé, en rapportant le titre primordial et en faisant reconnaître l'erreur qui s'est glissée dans la reconnaissance. Il faut même toujours en revenir au titre primordial, quand même l'erreur se serait continuée dans une longue suite de reconnaissances.

Si, au contraire, le débiteur a reconnu pour moins qu'il n'est porté par le titre primordial, et s'il y a plusieurs reconnaissances conformes qui remontent à trente ans, le créancier, en rapportant le titre primordial, ne pourra prétendre plus qu'il n'est porté par les reconnaissances, parce qu'il y a prescription acquise pour le surplus.

Remarquons ce dernier motif donné par Pothier. Ce n'est donc pas comme titres récognitifs que les reconnaissances suppléent le titre primordial, et dispensent de sa représentation ; c'est seulement en vertu de la prescription acquise à son profit que le débiteur est libéré de tout ce que les actes récognitifs portent en moins dans ses engagements. Aussi, M. Duranton (2) a-t-il raison de dire qu'il ne voit pas pourquoi Pothier, dont il paraît d'ailleurs adopter la distinction, exige qu'il y ait plusieurs reconnaissances conformes, puisque la prescription seule suffit.

M. Zachariæ (3) paraît même aller encore plus loin et pousser à l'extrême la distinction de Pothier, quand il dit que si l'acte récognitif diffère de l'acte primordial, les additions ou les changements qu'il contient à la charge du débiteur ne produisent aucun effet. Il semble ainsi distinguer entre les changements opérés à la charge ou au profit du débiteur, et en faire profiter indistinctement ce dernier, nonobstant la représentation du titre primordial, soit qu'il existe un seul ou plusieurs

(1) *Oblig.*, n° 744, et *Constitution de rente*, n° 150.

(2) T. 13, n° 262. — MARCADÉ. art. 1337, n° 5, en note.

(3) T. 2, pag. 450. — MARCADÉ, art. 1337, n° 5.

actes récognitifs remontant même à moins de trente ans.

Quant à nous, nous ne saurions admettre cette distinction entre les changements en plus et les changements en moins, entre ceux qui sont à la charge du débiteur et ceux qui sont à sa décharge. On peut, il est vrai, présumer tout d'abord que le législateur moderne n'a pas entendu s'écarter de l'opinion de Pothier, auquel il paraît avoir emprunté les dispositions de l'article 1337. Et cette considération aurait sans doute une grande valeur, s'il s'agissait de l'interprétation d'un texte qui présentât quelque obscurité. Mais si les termes de la loi sont clairs, on ne peut leur faire violence au point de leur substituer une simple opinion d'auteur, sous le seul prétexte que c'est à cette source que la loi a dû être puisée.

Or, le texte du paragraphe 2 de l'article 1337 nous semble repousser la distinction que l'on propose, d'autant mieux que, si le législateur du Code eût voulu la consacrer, on peut croire, avec raison, qu'ayant sous les yeux l'opinion de Pothier, il se serait autrement exprimé. S'il se bornait à dire que ce que les titres récognitifs contiennent de plus que le titre primordial n'a aucun effet, on pourrait, à coup sûr, tirer de cette rédaction un argument décisif en faveur de la distinction que nous combattons, et dire, en conséquence, que les seuls changements et additions qu'ils contiennent, à la charge du débiteur, sont réputés non avenus. Mais il ajoute que ce qui s'y trouve de différent n'a aussi aucun effet. Ces expressions sont générales; elles signifient toute modification, toute différence, quelle qu'elle soit, au profit ou au préjudice de l'un ou de l'autre des contractants, sans qu'il y ait à faire, à cet égard, aucune distinction.

Nous savons bien que l'on peut dire que la cause de la libération est favorable, que les lois inclinent toujours du côté du débiteur. Mais cette considération est ici déplacée et contredite par l'esprit général de la loi en matière de reconnaissances. Voici en effet, d'abord, quelle est la situation respective des parties : Le débiteur invoque l'acte récognitif, qui contient en sa faveur des changements en moins; le créancier oppose

l'acte primordial, qui contient des différences en plus. Le débiteur invoque donc une exception de libération ; or, comme demandeur en son exception, il doit la justifier. Est-elle prouvée et justifiée par cela seul qu'il produit un acte récognitif? Nullement ; car cet acte est en contradiction avec le titre primordial ; et telle est, en matière de reconnaissances, la pensée dominante et la présomption générale de la loi, que les parties, en faisant un acte récognitif, ont eu seulement l'intention de reconnaître et de déclarer l'obligation préexistante, sans y apporter au fond aucuns changements, aucunes additions, aucunes modifications, soit en plus, soit en moins. Comme la contradiction qui existe entre le titre primordial et le titre récognitif s'explique, dans l'esprit de la loi, par une présomption d'erreur, c'est donc toujours au titre primitif qu'il faut recourir. La condition des parties reste ainsi égale, et cette égalité nous paraît beaucoup plus conforme aux principes de droit et d'équité, qu'une distinction arbitraire que repoussent en même temps et le texte et l'esprit de la loi (1).

11. C'est encore une conséquence des principes généraux du droit, en cette matière, qu'il ne convient d'admettre des différences entre le titre récognitif et le titre primordial, que lorsqu'elles y sont formellement et particulièrement exprimées. Si la reconnaissance était conçue en termes généraux, et qu'elle rappelât, par des expressions spéciales, certains effets du titre primitif, ces énonciations ne devraient pas être considérées comme emportant des changements et des dérogations.

12. On a prétendu que les dispositions de l'article 1337, § 2, ne s'appliquent point aux clauses et conditions accessoires, nouvelles et différentes, telles que celles qui concernent un cautionnement, la solidarité, une garantie quelconque ; mais qu'elles s'appliquent seulement aux modifications et innovations qui se réfèrent à l'objet principal de l'obligation

(1) TOULLIER, T. 8, n° 489.

établie dans le titre primordial (1). Cette distinction nous semble arbitraire, et les termes absolus de notre article la repoussent. Ils déclarent de nul effet tout ce que le titre récognitif contient de plus ou de différent. Or, on ne saurait contester que ces clauses relatives au cautionnement, à la solidarité, à une garantie, bien qu'elles soient accessoires, soit qu'elles s'y trouvent en plus ou en moins, constituent quelque chose de différent qui doit demeurer sans effet, à moins qu'il ne soit établi par les circonstances que les parties ont volontairement consenti ces modifications et entendu qu'elles fussent exécutées.

13. Telles sont les dispositions générales de l'article 1337. Venons maintenant aux exceptions.

« Néanmoins, ajoute-t-il, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial. » Trois conditions doivent ainsi concourir.

Il faut plusieurs reconnaissances, deux au moins, conformes l'une à l'autre; de telle sorte que, si les titres récognitifs étaient alternativement différents entre eux, et qu'il ne s'en rencontrât pas deux au moins de suite qui fussent conformes, la première condition voulue par notre article ferait défaut.

Mais, par conformité, l'on ne doit pas entendre une identité littérale et textuelle. Les actes ne laissent pas d'être conformes, bien que leur rédaction ne soit pas identique, si les dispositions qu'ils contiennent sont exactement les mêmes, sans additions ni changements appréciables, sans opposition ni contradiction entre elles.

Il faut, en outre, que les titres récognitifs soient soutenus de la possession, c'est-à-dire que la possession que les parties exercent de leurs droits respectifs doit être conforme aux dispositions des reconnaissances. Cette conformité de la possession avec le titre donne à celui-ci une force plus grande, et

(1) Toulouse, 5 avril 1838. Sirey, 39, 2, 380.

une autorité qu'il n'aurait pas comme titre simplement récognitif. Le fait vient alors confirmer et corroborer les énonciations de l'acte.

L'une au moins des reconnaissances doit enfin avoir trente ans de date. Son ancienneté en fait présumer la sincérité et l'exactitude, en même temps qu'elle fait présumer la perte ou la destruction du titre primordial.

Si l'acte récognitif mentionne sa date, cette énonciation fait foi entre les parties, leurs successeurs et ayants-cause, suivant les principes que nous avons développés plus haut, en ce qui concerne la foi due aux actes authentiques ou sous signature privée.

Si l'acte récognitif ne relate point sa date, il appartient aux tribunaux de la déterminer et d'en fixer l'ancienneté, d'après l'appréciation des circonstances.

Le temps déterminé pour qu'un acte récognitif soit réputé ancien, sert lui-même de mesure à la durée de la possession qui doit le soutenir. La possession doit donc, comme le titre, remonter à trente ans. Autrement, si elle avait une durée moindre, il serait inexact de dire que la reconnaissance est soutenue de la possession.

11. Moyennant le concours de ces trois conditions, pluralité de reconnaissances conformes, ancienneté de l'une d'elles au moins remontant à trente ans, possession conforme et trentenaire à l'appui, le créancier peut être dispensé de représenter le titre primordial. Mais ce n'est pour le juge qu'une faculté dont il peut user ou ne pas user, suivant les circonstances. Alors donc que le créancier allègue que le titre primordial est détruit ou adiré, cette allégation peut ne pas suffire pour le dispenser de produire le titre primitif. Le juge, appréciant les faits de la cause et vérifiant la vraisemblance de cette assertion, a la faculté de le dispenser ou non de le représenter, d'admettre ou non, en conséquence, les actes récognitifs comme faisant la même foi que l'acte primordial. Même dans ce cas, les actes de reconnaissance ne sont donc pas pleinement et absolument investis de force probante.

15. En exigeant que les reconnaissances soient soutenues de la possession, et que l'une d'elles ait trente ans de date, pour que le créancier puisse, malgré l'irrégularité des actes récognitifs, être dispensé, suivant les circonstances, de représenter le titre primordial, l'article 1337 ne veut pas dire qu'il existe, en ce cas, une prescription quelconque en faveur de l'une ou de l'autre des parties. Il n'y a de rapport avec la prescription proprement dite, qu'en ce qui concerne le fait de la possession qui appuie le titre, et le délai de trente ans qui constitue l'ancienneté de la reconnaissance. Quant aux autres conditions de la prescription, elles sont parfaitement étrangères aux dispositions de l'article 1337. Il ne saurait donc être question d'interruption ni de suspension de prescription. C'est qu'il ne s'agit ici que de déterminer, en dehors des règles ordinaires de la prescription, le degré de force probante dont est investi un titre récognitif.

Ce n'est pas cependant qu'une véritable prescription ne puisse être acquise et invoquée par l'une ou l'autre des parties. Mais elle le sera indépendamment des titres respectivement produits, et conformément aux principes qui en fixent les règles particulières. L'article 1337 est alors sans application, et la prescription accomplie, non seulement dispense le créancier ou le débiteur de représenter le titre primordial ou récognitif, mais encore interdit au juge le pouvoir d'en exiger la représentation, puisqu'ils sont, l'un et l'autre, frappés d'inefficacité ou plutôt d'extinction. Il est donc fort important de distinguer la prescription proprement dite des conditions exigées par l'article 1337, pour l'application de l'exception qu'il consacre.

16. Mais quelle est la portée de cette exception ? On est d'accord pour reconnaître qu'elle s'applique incontestablement au cas où les actes récognitifs ne relatent point spécialement la teneur du titre primordial. Il peut alors être suppléé à ce titre, au moyen de plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une ait trente ans de date.

Mais cette exception ne s'applique-t-elle pas également au cas où les actes récognitifs contiennent quelque chose de plus ou de différent que le titre primordial? On en conteste ici l'application, et, à l'appui de ce système d'interprétation, on dit (1) que le troisième paragraphe de l'article 1337 a été littéralement emprunté à Pothier (2); que l'exception qu'il consacre ne s'appliquait qu'au cas ou l'acte récognitif avait été rédigé *in formâ communi*, sans relater la teneur du titre primordial; qu'il est difficile de croire que le législateur du Code Napoléon lui ait donné, en en conservant le texte littéral, une extension que Pothier lui refusait; que, si ce troisième paragraphe clot l'article 1337, ce n'est que par suite d'une erreur de rédaction, car sa place est immédiatement après le premier paragraphe, puisqu'il doit en être, comme dans Pothier, la suite et l'exception.

Ces considérations historiques sur les sources où ont été puisées les dispositions finales de l'article 1337, ont sans doute une grande importance, et nous essayerions vainement d'en méconnaître l'autorité. Cependant, sans cesser de reconnaître tout ce que les sources de notre Code offrent d'important et d'utile pour son interprétation, nous ne cesserons de répéter que, avant tout et après tout, il faut s'attacher au texte de la loi, au sens naturel et simple de ses dispositions. Qu'importe que le législateur moderne n'ait point exprimé l'intention de modifier et de changer les anciens principes? Si les termes dans lesquels est conçue la loi nouvelle ne les consacrent pas formellement, s'ils en expriment de différents ou même de contraires, il faut bien se soumettre et se résigner à les accepter.

Or, il nous semble qu'on fait violence au texte de l'article 1337, lorsqu'on veut restreindre la portée de ses dernières dispositions. Nous n'en voulons d'autre preuve que le changement qu'on est forcé d'opérer dans la distribution de ses paragraphes. De quel droit en intervertir ainsi l'ordre et le classe-

(1) TOULLIER, T. 8, nos 486 et suiv. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 450.
(2) *Oblig.*, n° 743.

ment, alors surtout que cette interversion amène des résultats aussi graves ? Si elle se justifiait par le besoin d'échapper à une conséquence d'une révoltante injustice ou d'une choquante absurdité, nous comprendrions ce mode d'interprétation, tout violent qu'il paraisse. Mais cette excuse manque ici complètement. Car le sens que nous entendons donner au troisième paragraphe de l'article 1337 n'a rien que de très juste et de très équitable, ainsi que nous allons le montrer.

Il nous semble donc que l'exception qu'il consacre s'applique, non seulement au cas où l'acte récognitif ne relate pas la teneur du titre primordial, mais encore au cas où il contient quelque chose de plus et de différent. Le terme, néanmoins, qui commence le dernier paragraphe, en même temps qu'il marque son rapport avec les dispositions qui précèdent, annonce, en effet, une exception à ces mêmes dispositions. Il ne fait aucune distinction entre elles ; il se rattache à l'une et à l'autre pour les compléter et les expliquer. Et, chose remarquable ! alors qu'il semble se lier par des rapports plus prochains et plus immédiats, du moins dans le sens grammatical, au paragraphe qui le précède immédiatement, c'est ce même paragraphe que l'on supprime pour le rejeter à la fin de l'article, comme une disposition absolue, indépendante, et n'admettant aucune exception. Le texte et la distribution des paragraphes de l'article 1337 résistent donc à une interprétation semblable.

Mais pourquoi le législateur moderne a-t-il ainsi modifié l'opinion de Pothier, en lui donnant une portée plus considérable? Pourquoi !... Il nous suffirait d'abord de répondre que la difficulté même d'expliquer et de justifier ces changements ne les empêcherait pas d'exister. Mais cette difficulté n'existe point. On a adressé, en effet, de vives critiques aux dispositions de notre article. On s'est même ingénieusement appliqué à en éluder, autant que possible, l'application rigoureuse (1).

(1) Voy. Maleville, sur l'art. 1337. — Toullier, t. 10, nos 313, 331. — Duranton, t. 13, no 263. — Delvincourt, t. 2, pag. 391.

Toute exception à la sévérité de ses dispositions est donc favorable, et doit être favorablement accueillie. Or, n'est-ce pas une disposition bien rigoureuse, qui même peut le plus souvent, si elle n'est équitablement tempérée, contrarier les principes d'équité et de justice, que celle qui se trouve dans le second paragraphe de l'article 1337, et d'après laquelle la loi ne reconnaît aucun effet à ce que le titre récognitif contient de plus ou de différent que le titre primordial?

Nous verrons plus loin si cette disposition n'est point susceptible, dans son application, d'autres restrictions et de nouveaux tempéraments. Nous nous bornons ici à demander s'il n'est pas équitable et juste que, dans certaines circonstances, le titre récognitif, qui contient des additions et changements, puisse équipoller au titre primordial, et dispenser celui qui se prévaut de la reconnaissance de représenter ce dernier titre. Eh bien, c'est cette exception que la loi nouvelle, moins rigoureuse et plus équitable que l'opinion de Pothier, a entendu consacrer dans le troisième paragraphe de l'article 1337. Appliqué aux actes récognitifs qui contiennent des changements en plus ou en moins, il signifie donc que, bien qu'en principe ces changements n'aient aucun effet, néanmoins, s'il y a plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une ait trente ans de date, les tribunaux auront la faculté de ne pas exiger la représentation du titre primordial. Ainsi, les reconnaissances pourront, par elles-mêmes, le suppléer, et avoir par leur conformité, leur ancienneté et l'appui de la possession, même sans qu'il y ait de prescription proprement dite, une pleine et entière force probante. Dans ces termes, l'exception dont il s'agit nous paraît aussi conforme aux principes de justice et d'équité qu'au texte même de l'article 1337.

17. Nous venons de dire que ses dispositions avaient été l'objet de vives critiques. On a prétendu, en effet, que, dans leur sévérité, elles étaient en opposition avec les principes qui déterminent la foi due aux actes publics ou sous seing privé,

ainsi qu'à l'aveu; qu'en exigeant la relation dans l'acte récognitif de la teneur du titre primordial, ou le concours de plusieurs reconnaissances conformes et soutenues de la possession, en n'attribuant enfin aucun effet aux changements et additions, l'article 1337 était en désaccord avec les articles 1319, 1320, 1322, 1356, C. Nap.; que ce défaut d'harmonie entre les dispositions du Code résultait de ce que le législateur moderne avait emprunté l'article 1337 aux ouvrages de Pothier, sans faire attention que ce savant auteur avait confondu les actes de reconnaissance avec les actes de confirmation, et appliqué à la force probante des premiers des règles qui ne s'appliquaient qu'à ceux-ci, alors, cependant, que Dumoulin avait pris soin de les distinguer (1).

Ces critiques, fondées à certains égards, ne laissent pas d'être empreintes d'une certaine exagération. L'article 1337 n'est point en effet, autant du moins qu'on le prétend, en opposition avec les principes consacrés par d'autres articles du Code. Quand on lui reproche de n'attacher de force pleinement probante aux actes récognitifs que sous des conditions d'une rigueur excessive, on ne tient pas suffisamment compte, d'une part, de la nature spéciale des reconnaissances, et, d'autre part, des tempéraments et restrictions dont les dispositions de notre article, si sévères en apparence, sont néanmoins susceptibles. Répétons-le donc : s'il exige la relation de l'acte primordial dans l'acte récognitif; si, à défaut de cette relation, il veut plusieurs reconnaissances conformes, anciennes et soutenues de la possession ; s'il écarte comme étant sans effet tous changements et additions, c'est que, dans sa pensée, les parties se bornant à reconnaître l'obligation préexistante, sont présumées, par cela même, avoir entendu s'en référer, dans tous les cas, au titre primordial, qui n'était ni altéré, ni modifié, ni suppléé par l'acte récognitif. Telle a été la pensée du législateur, et les dispositions de l'article 1337 y sont conséquentes.

Nous comprendrions la justesse des critiques dont elles ont

(1) Voy. TOULLIER, t. 10, nos 313 et suiv.; 327-330. — MARCADÉ, art. 1337.

été l'objet, si elles étaient tellement rigoureuses et absolues, que toute espèce de force probante, à un degré quelconque, fût déniée aux actes récognitifs ne remplissant pas les conditions déterminées. Une inefficacité aussi radicale serait bien faite pour choquer les principes du droit et de l'équité; mais tel n'est point le sens de l'article 1337.

18. Alors même qu'en l'absence des conditions voulues, les reconnaissances ne font pas foi pleine et entière, et n'équipollent pas au titre primordial, dont la représentation peut toujours être exigée, elles ne sont pas, néanmoins, destituées de toute espèce de force probante. Elles valent toujours, du moins, comme commencement de preuve par écrit, et rendent, en conséquence, admissibles tous autres moyens de preuve. Les juges peuvent ainsi, dans tous les cas, admettre à ce titre les actes récognitifs, sauf à eux à exiger de la partie qui les invoque le complément de preuve dont elle est tenue.

Peu importe qu'il n'existe alors qu'un seul acte de reconnaissance, que cet acte unique ne soit même pas soutenu de la possession. Il ne laisse pas de valoir, puisqu'il en réunit toutes les conditions, comme commencement de preuve par écrit; et il ne reste plus qu'à le compléter au moyen de témoignages ou de présomptions.

19. Les actes de reconnaissance contiennent-ils, par rapport à l'acte primordial, quelques changements en plus ou en moins, quelques additions ou réductions; ils pourront encore prévaloir sur le titre primitif, pourvu que la partie qui les invoque établisse clairement, par tous les moyens ordinaires de droit, que l'intention commune des contractants a été d'introduire ces innovations et modifications dans leurs engagements.

L'article 1337 est enfin inapplicable lorsqu'il résulte évidemment, soit des circonstances de la cause, soit des termes de l'acte récognitif, que les parties ont entendu faire une novation proprement dite, et substituer le nouveau titre à l'ancien, qui demeure dès lors frappé d'extinction (1).

(1) Toullier, t. 8, n° 488. — Zachariæ, t. 2, pag. 448 et 450. — Marcadé, art. 1337, n° 6

20. En subordonnant à certaines conditions la force probante des actes récognitifs, notre article ne fait donc que reconnaître l'antériorité et la supériorité du titre primordial considéré comme tel. Mais la présomption légale établie en sa faveur n'est point tellement exclusive et absolue, qu'elle écarte toute preuve contraire. Si le titre récognitif, en l'absence des conditions exigées, apparaît avec une force relativement moindre, il peut néanmoins devenir un titre complet et parfait, au préjudice même du titre primordial qui est représenté, toutes les fois que le commencement de preuve qui en résulte est parachevé par tous les moyens ordinaires de droit. Mais ce complément de preuve en est la condition essentielle. Ainsi tempéré dans son application, l'article 1337 peut-il être accusé de violer les principes qui régissent la foi due aux actes publics ou sous signature privée?

21. Il résulte de ses termes qu'il est inapplicable au cas où il n'a jamais existé de titre primordial. L'acte de reconnaissance est primitif lui-même, puisqu'il est le premier qui constate l'engagement. Il fait donc pleine foi par lui-même, conformément aux règles qui déterminent la force probante des actes publics ou sous seing privé.

22. Les dispositions de l'article 1337 sont enfin inapplicables en matière de commerce. Telle est la conséquence du principe qu'en cette matière les juges peuvent se décider par la preuve testimoniale et les présomptions ordinaires (1).

23. Les actes récognitifs sont, quant à leur forme, soumis aux conditions générales que la loi exige pour la régularité et la validité des actes privés ou publics, sans préjudice des conditions spéciales exigées par l'article 1337.

24. Pour reconnaître valablement, il faut avoir la capacité de disposer de ses droits (2). L'acte récognitif émané d'un

(1) Cass., 29 déc. 1835. SIREY, 36, 1, 751.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 743.

incapable serait donc soumis à une action en nullité ou en rescision.

25. Nous avons examiné jusqu'à présent les actes récognitifs au point de vue où l'article 1337 les considère lui-même, c'est-à-dire comme moyen de prouver l'existence d'une obligation préexistante. Considérés comme moyen d'interrompre la prescription, ils ont un caractère spécial, des effets particuliers, et sont soumis à des conditions différentes.

En principe général, les actes de reconnaissance interruptifs de la prescription demeurent soumis aux règles ordinaires de l'aveu. Les dispositions de l'article 1337 leur sont, en conséquence, inapplicables.

La reconnaissance interruptive peut être expresse ou tacite. Elle est expresse lorsqu'elle résulte d'actes écrits, soit qu'il s'agisse d'actes entre vifs ou testamentaires, soit qu'ils remplissent ou non les conditions exigées par les articles 1337 et 1338. Elle est tacite lorsqu'elle résulte de faits qui supposent nécessairement, de la part du reconnaissant, un aveu implicite de son obligation.

Expresse ou tacite, elle n'a pas besoin, pour produire effet, d'être acceptée par le créancier. Il suffit qu'il ne la répudie pas pour qu'il puisse incessamment s'en prévaloir. Les actes récognitifs, au contraire, en tant qu'ils sont considérés comme moyens de preuve, constituent des faits qui présentent un caractère conventionnel, et ont besoin, pour produire effet, d'être contractuellement acceptés comme tels.

A la différence des simples actes récognitifs, qui doivent émaner de personnes capables de s'obliger, les actes interruptifs sont valables, bien qu'ils n'émanent pas de personnes capables de contracter, de disposer de leurs droits ou d'y renoncer (1). Comme une semblable reconnaissance n'a pas même pour objet de fournir, au moyen d'un acte écrit, la preuve d'une obligation préexistante et déjà constatée, on ne peut dire, la prescription n'étant point acquise, que le recon-

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 447.

naissant contracte une obligation ou fait une renonciation quelconque. Il n'y a donc point lieu, de sa part, à action en nullité ou en rescision.

L'article 2263 nous offre un exemple de reconnaissance considérée comme interruptive de la prescription, quand il dispose qu'après vingt-huit ans de la date du dernier titre, le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir, à ses frais, un titre nouvel à son créancier ou à ses ayants-cause. Mais nous n'insisterons pas davantage sur cette matière, qui appartient au titre de la prescription.

Article 1338.

L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. — A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. — La confirmation, ratification, ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice, néanmoins, du droit des tiers.

Sommaire.

1. Ce qu'est la confirmation.
2. Elle diffère de la reconnaissance.
3. Il ne s'agit point ici de la ratification prévue par l'article 1998. Observations.
4. Suite.
5. Quels engagements peuvent être confirmés.
6. Suite. Obligations naturelles.
7. Origine des divers vices qui peuvent entacher une obligation. Règle générale.
8. Vices d'objet et de cause. Distinction.

9. Exemples. Usure. Contrat pignoratif. Louage de services à vie.
10. Vices de forme.
11. Distinction entre la confirmation de l'acte et la confirmation de l'obligation.
12. Il faut qu'il existe une obligation.
13. Du défaut de signature de l'officier public ou de la partie.
14. De la preuve de l'obligation confirmée.
15. A quelle époque la confirmation peut avoir lieu utilement.
16. Vices de forme, de capacité et de consentement.
17. Des actes des mineurs. Confirmation du tuteur ou curateur.
18. Des actes des femmes mariées. Confirmation du mari. Si elle oblige la femme.
19. Vices d'objet et de cause.
20. Vices d'objet. Exemples.
21. Vices de cause. Modifications au contrat de mariage.
22. De la confirmation des conventions matrimoniales.
23. Suite. Donation par contrat de mariage. Exécution.
24. Traité intervenu entre le tuteur et le pupille.
25. Des obligations sans cause ou sur fausse cause.
26. De la lésion.
27. Principe de la confirmation.
28. Conditions auxquelles sont soumis les actes confirmatifs.
29. Ils doivent en justifier par eux-mêmes.
30. Ils peuvent, au fond, être entachés de quelque vice.
31. *Quid*, si l'acte ne mentionne point le vice ou l'intention de le réparer?
32. Tous moyens de preuve sont alors admissibles.
33. *Quid*, s'il ne mentionne qu'un seul vice?
34. *Quid*, s'il existe plusieurs vices?
35. Suite.
36. Connaissance du vice. Distinction entre la partie et ses successeurs. Article 892
37. Qui doit prouver le concours des conditions exigées ou leur défaut?
38. Distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit.
39. Les juges peuvent apprécier les circonstances.
40. Pour confirmer, il faut être capable de s'obliger.
41. L'exécution doit être volontaire.
42. Quand elle vaut confirmation tacite.
43. Peu importe qu'elle soit totale ou partielle. Ses caractères.
44. Ce qu'elle comprend.
45. De l'intention d'exécuter manifestée simplement.
46. Article 892. Il rentre dans le droit commun. *Quid* pour la lésion?
47. La confirmation expresse ou tacite n'a pas besoin d'acceptation.
48. De la confirmation par acte testamentaire.
49. La confirmation expresse ou tacite emporte renonciation à l'action en nullité.

COMMENTAIRE.

1. Confirmer une obligation, c'est littéralement lui donner de la force, soit qu'il s'agisse de lui communiquer une force plus grande que celle qu'elle avait déjà, ou une force nouvelle qu'elle n'avait pas encore. La confirmation suppose ainsi l'existence d'une obligation qui n'est pas parfaite sous le rapport de la force juridique, puisqu'elle a besoin d'être fortifiée. Or, ce défaut de force tient à l'existence de quelque vice dont elle est entachée, soit dans la forme, soit au fond, et qui la soumet à une action en nullité ou en rescision. La confirmation d'une obligation est donc l'acte par lequel on efface ou l'on couvre les vices existants, de manière à la rendre désormais inattaquable par voie de rescision ou de nullité.

2. A la différence des actes de reconnaissance, qui ne sont relatifs qu'aux moyens de prouver l'existence d'une obligation antérieure, les actes de confirmation se réfèrent à la valeur et à l'efficacité juridiques de l'engagement. Ce n'est pas qu'ils ne puissent eux-mêmes être considérés comme moyens de preuve, comme constituant des actes de reconnaissance; mais alors ils doivent, comme tels, pour être réguliers et valables, réunir toutes les conditions exigées par l'article 1337, indépendam-

ment de celles que prescrit l'article 1338. Pour valoir à la fois comme récognitif et comme confirmatif, le même acte devra donc satisfaire, en même temps, aux dispositions particulières qui lui sont applicables en l'une et l'autre qualité. Il ne vaudra qu'à l'un ou à l'autre titre seulement, soit comme confirmation, soit comme reconnaissance, suivant qu'il réunira les conditions voulues par l'article 1338, ou celles exigées par l'article 1337.

Mais si l'acte de confirmation ne vaut lui-même, en même temps, comme acte de reconnaissance, il est de toute nécessité que l'obligation à laquelle il s'applique soit établie par d'autres moyens de preuve.

Les actes récognitifs et confirmatifs ont du reste cette puissance commune; ils sont également interruptifs de la prescription.

Par elle-même, la confirmation ne contient qu'une renonciation au droit de se prévaloir des vices dont l'obligation était entachée, et qui la soumettaient à une action en nullité ou en rescision. Elle ne renferme aucune espèce de novation; mais elle peut venir accessoirement à une novation proprement dite.

3. La confirmation dont s'occupe l'article 1338 suppose que celui qui confirme a été personnellement partie dans l'obligation, ou y a été représenté par ses auteurs. Il ne faut donc pas la confondre avec la ratification des engagements contractés au nom d'un tiers, sans pouvoir ni mandat régulier. Il est vrai que notre article parle d'acte de confirmation ou ratification, et que ce dernier mot s'applique spécialement à l'approbation qu'un tiers donne aux engagements pris, en son nom, par un autre qui n'avait ni mandat ni pouvoir. Mais on ne doit pas y attacher ici cette signification rigoureuse. Cette expression est en effet considérée, dans notre article, comme synonyme de celle de confirmation. Cette interprétation résulte de son texte même, puisqu'il applique la confirmation ou ratification à une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité

ou en rescision. Or, on ne peut dire qu'on a une action en nullité ou en rescision contre d'autres obligations que celles où l'on a été personnellement partie, ou représenté par ses auteurs. Alors, au contraire, qu'il s'agit d'engagements contractés par un tiers, sans pouvoir ni mandat, celui au nom duquel ils ont été pris n'a qu'à les repousser comme *res inter alios acta*, sans qu'il ait à exercer, pour en être délié, aucune action en nullité ou en rescision proprement dite.

L'article 1338 est donc inapplicable aux ratifications qui peuvent être données à ces engagements. Elles sont régies exclusivement par les dispositions de l'article 1998 (1), d'après lequel le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà du mandat, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. Cette espèce d'approbation ou de confirmation, qui est la ratification proprement dite, n'a, sous ce rapport, rien de commun avec la confirmation dont nous nous occupons ici. Alors que celle-ci est soumise à certaines conditions de forme, celle-là n'est assujettie à aucune espèce de formalités. Soit qu'elle résulte d'actes, d'écrits quelconques ou de faits, il suffit qu'il en résulte clairement et nécessairement la preuve que le tiers au nom duquel l'engagement a été pris sans mandat et sans pouvoir, a eu l'intention de se l'approprier et de l'accepter, comme s'il l'avait consenti et souscrit lui-même.

Cette confirmation, expresse ou tacite, couvre toutes les irrégularités résultant du défaut ou de l'excès de mandat et de pouvoir. Tant qu'elle n'est pas rescindée ou annulée pour un motif quelconque, elle tient lieu de pouvoir et de mandat, *ratihabitio mandato æquiparatur*; et celui qui l'a donnée ne peut plus attaquer l'acte, en prétendant qu'il a été fait par un tiers sans pouvoir ni qualité.

Mais si, indépendamment du vice résultant de l'excès ou du défaut de pouvoir, l'acte était infecté d'un autre vice, ce vice

(1) TOULLIER, T. 8, n° 491. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 451, nte 3. — DURANTON, T. 13, n° 265. — TROPLONG, *Mandat*, n° 608. — FAVARD, Rép., vis *Acte récognit. et conf.*, sect. 2, n° 1. — Cass., 26 déc. 1815. SIREY, 16, 1, 243.

ne pourrait être réparé qu'au moyen d'une confirmation donnée dans les termes de l'article 1338 (1).

La confirmation de cet article et la ratification de l'article 1998 ont, toutefois, ces deux points communs; c'est qu'elles ont, l'une et l'autre, pour objet de conférer à l'acte une plus grande force obligatoire, et qu'elles produisent également des effets rétroactifs entre les parties, sans que, néanmoins, ils aient lieu au préjudice des tiers, ainsi que nous l'expliquerons plus loin.

4. Ces premières explications données, voyons quelles obligations sont susceptibles de confirmation, soit qu'il s'agisse seulement de la confirmation de l'article 1338, ou, en outre, de la ratification de l'article 1998. Car les principes que nous allons développer sont communs à l'un et à l'autre cas; et si une obligation n'était pas en elle-même susceptible de confirmation, elle ne pourrait être ratifiée ou le serait vainement. Du moment, en effet, que l'on considère l'engagement en soi, le point de vue où l'on se trouve placé est le même, soit qu'il s'agisse d'une obligation où celui qui confirme a été partie par soi ou par ses auteurs, ou bien d'une obligation contractée en son nom par un tiers sans pouvoir ni mandat. Seulement, dans ce dernier cas, la ratification précède ou est censée précéder la confirmation, puisque, avant de réparer les vices dont l'obligation est atteinte au fond et en elle-même, il faut commencer par se l'approprier. Mais on peut, sans aucun doute, ratifier et confirmer par le même acte, et purger ainsi les vices de différente espèce qui affectent l'obligation.

Tel acte vaut comme ratification dans le sens de l'article 1998, qui est insuffisant pour valoir comme confirmation dans le sens de l'article 1338. Après avoir ratifié l'acte où l'on n'a pas été partie, on peut être encore dans le cas de le confirmer à raison des vices dont il est atteint; et, si cette première ratification a ses conditions propres, la confirmation, qui la suit, a aussi les siennes. Alors revient la question de savoir

(1) DURANTON, T. 13, n° 266.

si l'engagement qui a été ratifié est susceptible de confirmation. Car, de ce qu'on l'a accepté, de ce qu'on se l'est approprié, comme si on l'avait souscrit et consenti soi-même, il ne s'ensuit pas que ces vices intrinsèques soient réparés. On est seulement entré dans un cas de confirmation proprement dite, si l'acte en est lui-même susceptible.

5. Toute confirmation ou ratification présuppose l'existence d'un engagement, mais suppose, en même temps, qu'il n'a pas une pleine force juridique contre celui envers lequel le prétendu créancier veut en poursuivre l'exécution. Il faut donc, avant tout, qu'un engagement existe, auquel puisse s'appliquer, régulièrement, l'acte de confirmation ou de ratification. S'il n'en existe aucun, ou s'il est réputé inexistant, toute confirmation est impossible, puisqu'elle manque d'assiette. On ne saurait, en effet, confirmer le néant. Telles sont les conventions faites sans intention de s'obliger, par forme de plaisanterie, *jocandi causâ,* ou avec un enfant, un fou, soit lorsqu'il n'y a pas accord de volontés entre les parties, ou lorsque le prédécès de l'une d'elles, avant l'acceptation de l'autre, a prévenu et empêché toute formation du contrat (1).

6. Mais il ne suffit pas qu'une obligation existe; il faut, en outre, qu'elle puisse obtenir, au moyen de la confirmation ou ratification, toute la force d'une obligation civile, juridiquement parfaite. Ainsi, on ne peut confirmer les simples obligations naturelles, bien qu'elles puissent faire l'objet d'une novation, en devenant la cause d'une obligation civile (2). C'est surtout dans son application aux obligations de cette espèce que la maxime, *qui confirmat nihil dat,* offre un caractère plus sensible de vérité.

Une confirmation pure et simple n'ajouterait donc rien à l'obligation simplement naturelle, et ne la relèverait pas de son inefficacité. Cette impuissance de l'acte confirmatif est si

(1) Cass., 13 nov. 1849. SIREY, 49, 1, 753.
(2) Voy. 1271, n° 10.

vraie, que même l'exécution partielle d'une obligation naturelle ne la convertit pas en une obligation civile, et que cette exécution, bien qu'en général elle vaille confirmation, empêche, tout au plus, le débiteur de répéter, comme indû, ce qu'il a payé, sans autoriser le créancier à réclamer, par les voies de droit, le payement du surplus que son adversaire est toujours en droit de lui refuser (1).

Si l'obligation naturelle avait été, par l'effet d'une novation régulière, convertie en une obligation civile, elle vaudrait alors en cette dernière qualité. Mais son efficacité juridique résulterait de la novation seule, et non d'une prétendue confirmation. Si, indépendamment du caractère de l'obligation naturelle qui lui a servi de principe, l'acte de novation était lui-même entaché de quelque vice qui le soumît à une action en nullité ou en rescision, il serait alors, comme tout autre, susceptible de confirmation ou de ratification.

7. Les vices dont une obligation peut être entachée au fond se rapportent à quatre origines différentes. Il y a les vices de consentement, de capacité, d'objet et de cause. Nous allons les examiner successivement, et voir quels sont ceux qui ne peuvent être réparés par aucun acte de confirmation ou de ratification.

Nous posons, tout d'abord, cette règle générale ; c'est que toutes obligations contre lesquelles la loi admet une action en nullité ou en rescision, peuvent être indistinctement confirmées, soit que le vice tienne au fond ou à la forme, soit que la nullité soit relative ou absolue, d'intérêt privé ou d'ordre et d'intérêt publics. Les explications dans lesquelles nous allons entrer serviront de développement et de confirmation de cette règle, même sur les points où nous aurons à signaler certaines exceptions.

Les vices de consentement, tels que l'erreur, la violence, le dol ; ceux de capacité, tels que le mariage, la minorité, l'in-

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 259 et 451. — *Contrà*, TOULLIER, T. 6, n° 391. — MARCADÉ, art. 1338, n° 2.

terdiction, produisent une nullité relative, qui ne peut être opposée que par celui de la part duquel ces vices existent. Ils peuvent incontestablement être réparés au moyen d'un acte de confirmation.

8. Quant aux vices concernant l'objet qui fait la matière de l'obligation, comme ils se rattachent, quels qu'ils soient, à l'indisponibilité de la chose, aussi longtemps que cette indisponibilité dure, ils ne peuvent être régulièrement effacés.

Il en est de même des vices de cause qui entachent l'obligation, soit parce qu'elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou aux prohibitions de la loi. Comme la nullité dont l'obligation est frappée se fonde sur des motifs d'intérêt général, tant que ces motifs subsistent, l'engagement ne peut être valablement confirmé par aucune des parties. Le même vice qui l'infecte se communiquerait, à l'instant même, à l'acte de confirmation (1).

Alors donc que le vice est perpétuel, la nullité résiste à toute confirmation, et les bonnes mœurs, l'ordre public, la loi, réclament incessamment contre tous actes par lesquels les parties prétendraient donner à leur engagement une validité que l'illégitimité de sa cause ne comporte pas.

Mais on comprend que nous n'entendons point parler ici des autres vices résultant seulement de la fausseté de la cause ou de son défaut. Rien ne s'oppose en effet, dans ce cas, à ce que l'acte soit valablement confirmé ou ratifié. L'action en nullité à laquelle donnent lieu ces vices de cause peut être converte, comme dans les cas ordinaires. La cause même de la confirmation ou de la ratification supplée la cause de l'acte auquel elles s'appliquent, et elles emportent ainsi renonciation à se prévaloir des vices dont cet acte était entaché. Il en sera de même en cas d'exécution volontaire avec connaissance, toute voie de répétition de l'indû se trouvant dès lors fermée (2).

(1) Toullier, t. 7, n° 561, et t. 8, n° 515.— Zachariæ, t. 2, pag. 453. — Duranton, t. 13, n° 271.
(2) Toullier, t. 6, n° 180.

Aussi, n'y a-t-il que la cause illicite qui fasse obstacle aux actes de confirmation expresse ou tacite.

9. Tel est l'engagement de payer des intérêts usuraires (1). Telle est la convention par laquelle le créancier serait autorisé à disposer du gage sans les formalités prescrites (2078), ou devrait devenir propriétaire de la chose donnée en antichrèse, par le seul défaut de payement au terme convenu (2088).

Si ce contrat exorbitant d'antichrèse avait été, en fraude de la loi, déguisé sous les apparences d'un contrat pignoratif, les actes de confirmation intervenus sur ce contrat n'auraient pas plus d'efficacité. Le vice de la cause ne serait pas purgé. Les juges pourraient seulement s'autoriser de l'existence d'actes confirmatifs, pour reconnaître que le contrat, argué de simulation et de fraude, constitue, au contraire, un acte sincère de vente, sous faculté de rachat, et avec relocation au profit du vendeur. Ce n'est donc pas qu'il y ait confirmation ; car le vice qui entache l'acte a une cause perpétuelle qui s'y oppose; mais l'acte prétendu confirmatif peut être apprécié sous le rapport de la sincérité et de la bonne foi du contrat. Si, nonobstant tout acte de confirmation, il est prouvé que l'acte d'aliénation constitue un contrat pignoratif, réellement fait en fraude des prohibitions de la loi, il reste encore soumis à l'action en nullité, comme le serait la clause interdite par l'article 2088. La confirmation, loin de couvrir le vice, ne fait ainsi que le perpétuer, et le seul moyen d'assurer la transmission de la propriété dans les termes du contrat, c'est, non pas de tenter une confirmation impossible, mais de refaire entièrement la convention.

Les actes de confirmation ou d'exécution volontaire qui en tiennent lieu peuvent eux-mêmes, suivant les circonstances, valoir alors comme emportant une véritable novation par rapport au contrat primitif. Car rien ne s'oppose à ce que le dé-

(1) Cass., 22 juin 1830. SIREY, 30, 1, 409. — 31 déc. 1833. SIREY, 34, 1, 104.

biteur aliène, au profit de son créancier, par un acte régulier et valable, la chose qu'il lui a remise en nantissement.

N'est jamais non plus susceptible de confirmation, l'acte de louage par lequel une personne aurait engagé à vie ses services, contrairement aux prohibitions de l'article 1780. Mais il est inutile de citer de plus nombreux exemples sur un point aussi incontestable, et qui se rattache d'ailleurs à la question de savoir à quelle époque un acte peut être régulièrement confirmé, question que nous examinerons bientôt.

10. Les vices dont nous venons de parler sont intrinsèques, inhérents à l'obligation elle-même. Mais il en est d'autres qui lui sont extrinsèques. Ce sont ceux qui se réfèrent à l'acte destiné à la constater, à en établir la preuve.

Il n'y a pas de doute que ces vices ne puissent eux-mêmes être couverts et purgés par un acte de confirmation. Si l'article 1338, en parlant seulement des actions en nullité ou en rescision, semble s'occuper exclusivement des vices intrinsèques de l'obligation, il doit cependant être entendu dans un sens plus large. Il suffit, en effet, de le rapprocher de l'article 1340 pour être convaincu qu'il s'applique également aux vices extrinsèques, inhérents à l'acte destiné à fournir la preuve de l'obligation, et que la confirmation emporte indistinctement renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception. Si l'on donnait à ses dispositions l'interprétation étroite que nous repoussons, on ne comprendrait pas comment les actes de confirmation auraient plus de portée, à l'égard des donations, pour lesquelles cependant le législateur s'est montré plus sévère, puisqu'elles ne peuvent être efficacement confirmées et ratifiées que par les héritiers ou ayants-cause du donateur. Enfin, l'article 1325 ne fait qu'appliquer à un cas spécial les dispositions générales de l'article 1338.

11. Mais il importe, avant tout, de distinguer la confirmation qui s'applique aux vices de l'acte de celle qui se rapporte aux vices de l'obligation. L'acte considéré comme moyen de preuve est, en effet, tout différent de l'engagement ; il peut être va-

lide, tandis, au contraire, que le contrat est sujet à rescision ou à nullité; être nul et irrégulier, tandis que l'engagement est régulier et valable. Confirmer l'acte quant à la forme, ce n'est donc pas confirmer l'obligation quant au fond; mais alors que l'on confirme expressément ou tacitement l'obligation, on renonce, par cela même, à faire valoir les vices de l'acte (1).

Cette distinction entre l'acte et l'obligation va nous servir encore à résoudre plusieurs questions délicates, relatives au point de savoir quand et comment les vices de l'acte sont susceptibles de confirmation et de ratification. Il est une vérité simple et générale qui les domine toutes; c'est qu'on ne peut confirmer ou ratifier que ce qui a une existence réelle, quoique le fait juridique auquel s'applique la confirmation manque, à raison d'un vice quelconque, de toute la force nécessaire. Il faut donc qu'un engagement existe au fond, pour qu'on puisse, quant à la forme, faire un acte efficace de confirmation. Car, vainement on confirmerait l'acte, s'il n'existait aucun engagement qui pût acquérir, par ce moyen, la force dont il était auparavant destitué. La confirmation peut bien suppléer la force juridique, mais elle ne saurait suppléer l'existence même d'un engagement; ou bien, si elle produisait cet effet, ce ne serait plus une confirmation proprement dite, mais une véritable création d'engagement jusque-là inexistant. Les conditions d'existence de ce dernier fait n'ont rien de commun avec les règles de la confirmation. Autre chose, en effet, contracter en principe une obligation nouvelle, autre chose en confirmer une préexistante.

Lorsqu'il s'agit de confirmer un acte, quant à sa forme, il faut donc que, nonobstant son invalidité et son irrégularité comme moyen de preuve, il existe, au fond, une obligation qui soit en elle-même susceptible de confirmation et de ratification. Si, néanmoins, il est établi, quels que soient les vices dont l'acte est entaché, qu'il existe une obligation qui puisse être confirmée, l'acte peut alors l'être valablement. Mais comme il

(1) TOULLIER, T. 8, n° 192.

est supposé irrégulier, et qu'à raison de son irrégularité il ne fait pas une foi complète, il y a nécessité d'établir la preuve de l'obligation à l'aide d'autres éléments. La confirmation concourra, dès lors, elle-même, comme en étant inséparable, à établir l'existence de l'engagement au fond. Mais ce n'est pas là confirmer une obligation inexistante; c'est seulement confirmer une obligation dont il n'existait pas auparavant une preuve régulière et parfaite, ou plutôt confirmer simplement l'acte destiné à fournir la preuve de son existence.

12. Mais, pourvu qu'il existe en réalité une obligation, peu importe la nature du vice dont l'acte public ou privé est atteint. Soit que ce vice consiste dans l'omission de l'une des formalités prescrites à peine de nullité, ou même dans l'omission la plus grave de toutes, dans le défaut de signature de l'officier public ou des parties contractantes, l'acte peut toujours être confirmé.

Cependant, par suite d'une confusion qu'il importe de dissiper, on a souvent considéré comme n'existant point, et comme n'étant point, par suite, susceptibles de confirmation ni de ratification, certains engagements qui étaient relatés, soit dans des actes publics nuls pour omission de la signature du notaire, et d'ailleurs inefficaces comme actes sous signature privée à défaut de la signature de l'obligé, soit dans des actes sous signature privée nuls pour inobservation des formalités prescrites, ou même pour défaut de signature des parties obligées ou de l'une d'elles. Ce système a été présenté par M. Merlin (1), adopté par la Cour de cassation (2), vivement critiqué par M. Toullier (3), et rétracté plus tard par M. Merlin lui-même (4).

Ce n'est pas que nous adoptions les raisons sur lesquelles ces auteurs se sont fondés pour admettre que, dans le cas que

(1) Rép., v° *Ratification*, n° 9.
(2) 27 mars 1812. SIREY, 12, 1, 369.
(3) T. 6, n° 180, et T. 8, n° 518.
(4) Quest., v° *Ratification*, § 5, n° 3.

nous supposons, l'obligation peut être efficacement confirmée. Ils partent, en effet, de ce principe faux de tous points, que l'on peut valablement confirmer une obligation réellement inexistante. Peut-être encore cette opinion n'est elle-même que le résultat d'une confusion dans les termes. Veut-on dire que les obligations dont la loi ne reconnaît point l'existence, à défaut d'une preuve régulière, sont néanmoins susceptibles de confirmation? D'accord; c'est précisément ce que nous voulons établir ici. Mais prétend-on, au contraire, que l'on peut utilement et régulièrement confirmer des obligations qui, en réalité, n'existent point, soit parce qu'elles n'ont aucune existence aux yeux de la loi, soit parce qu'elles manquent des conditions essentielles à la forme même des conventions, telles que l'accord des parties et l'intention de s'obliger, alors, nous sommes obligé de repousser une opinion qui nous semble contraire aux principes de la confirmation (1).

Quelle que soit, en effet, l'irrégularité de l'acte public ou privé destiné à constater la convention, il ne s'ensuit pas toujours que l'obligation n'existe point réellement, et qu'elle doive être réputée inexistante. L'insuffisance de la preuve ne signifie pas l'inexistence du contrat. Dans le cas même où l'acte n'est point signé des parties ou de l'une d'elles, ce défaut de signature, bien qu'il entraîne la nullité de l'acte comme élément de preuve, n'a point cependant, indistinctement, pour conséquence de faire réputer l'obligation inexistante. Loin de là, elle peut, malgré l'insuffisance ou l'absence complète de la preuve, avoir au fond une existence très réelle. Elle est inexistante aux yeux de la loi, en ce sens seulement que son existence n'est pas légalement justifiée.

Il faut donc toujours en revenir à cette règle essentielle : Existe-t-il, oui ou non, en réalité, un engagement, et cet engagement est-il en lui-même susceptible de confirmation? Dès lors, une distinction devient nécessaire, en fait, dans l'appré-

(1) Voy. *Conf.*, LOCRÉ, T. 12, pag. 284, 523, 585. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 451. — DURANTON, T. 13, n° 271.

ciation de l'acte. Le défaut de signature de l'officier public ou des parties contractantes, est-il simplement le résultat de la négligence, de l'ignorance ou de l'impuissance de ceux qui devaient le signer? Dans ce cas, malgré la nullité de l'acte, l'obligation qui y est relatée n'en existe pas moins, pourvu qu'elle réunisse, d'ailleurs, toutes les conditions intrinsèques essentielles à son existence. Il résultera seulement de l'irrégularité du titre qu'il ne formera pas une preuve légale et complète de l'obligation. Mais il ne s'ensuit pas que cette obligation, qui a une existence réelle, ne puisse être régulièrement confirmée et ratifiée (1), soit qu'il s'agisse, par exemple, d'une transaction par acte sous seing privé (2), ou d'un acte d'échange par acte public, alors que les circonstances de la cause ne permettent pas de douter que la convention n'ait été arrêtée et consommée (3).

13. Mais, le plus souvent, le défaut de signature, soit de l'officier public, soit des parties contractantes, réagira sur l'existence même de l'engagement. Ainsi, lorsqu'une partie refuse de signer l'acte qui doit établir la preuve de la convention qu'elle est sur le point de conclure, ce refus de signature équivaut à un refus de consentement. Dès lors, il n'y a pas convention, et aucune obligation n'existe qui soit susceptible de confirmation ou de ratification. La jurisprudence en offre de très nombreux exemples, qui viennent eux-mêmes confirmer la distinction que nous proposons. Dans les diverses espèces où les Cours ont refusé d'admettre comme efficaces et valables les actes prétendus de confirmation, il n'y avait point de convention définitivement arrêtée, conséquemment point d'obligation existante. Les arrêts prennent soin de le constater; car cette constatation en fait est leur justification en droit. Ainsi, lorsqu'ils repoussent les actes de confirmation, qui résultent au surplus, le plus souvent, d'une exécution

(1) ZACHARIÆ, t. 2, pag. 451, n[te] 5.
(2) Cass., 19 déc. 1820. SIREY, 22, 1, 198.
(3) Pau, 17 déc. 1821. SIREY, 22, 2, 112

volontaire, soit qu'il s'agisse d'actes publics ou privés, auxquels il manque la signature du notaire, soit de quelques-unes ou de l'une seulement des parties, ils énoncent que, jusqu'à la perfection de l'acte, les contractants ont pu changer de volonté (1); que l'acte, se trouvant aux termes d'un simple projet, n'était pas obligatoire (2); que son imperfection le range dans les termes d'un simple projet, qui n'a rien de définitif à l'égard de chacune des parties (3); qu'on ne produit qu'un acte informe, duquel il ne résulte aucune obligation; que, sous prétexte de confirmation, on créerait un titre exécutoire (4); qu'il n'y avait plus de vente, et qu'un nouvel accord était nécessaire (5); que l'acte ne présente qu'un projet de partage resté imparfait et sans force...; qu'on ne ratifie pas un partage qui n'existe pas (6); que l'acte est relaté dans une minute informe; qu'il n'a jamais revêtu le caractère d'acte sous signature privée, et que, par suite, il n'a pu produire les effets attachés à ce titre (7).

L'imperfection et l'irrégularité de l'acte fournissent ainsi les premiers indices de l'inexistence de la convention. Mais les parties ont toujours le droit de prouver que, quelque soit l'état informe de leur titre, il existait bien réellement une convention qui pouvait être et a été confirmée. Alors se présente une question préalable de preuve; car, avant de parler de confirmation, il faut commencer par prouver l'engagement auquel on prétend l'appliquer. Or, cette preuve ne pouvant résulter du titre que nous supposons irrégulier et informe, on doit la puiser dans des éléments étrangers et extérieurs à cet acte. Autrement, on se trouverait enfermé dans une sorte de cercle vicieux, puisqu'on ferait valoir l'acte prétendu de con-

(1) Bourges, 27 avril 1823. Sirey, 24, 2, 34.
(2) Toulouse, 18 janv. 1828. Sirey, 29, 2, 133.
(3) Grenoble, 15 nov. 1834. Sirey, 35, 2, 188.
(4) Bourges, 24 fév. 1832. Sirey, 32, 2, 539.
(5) Cass., 26 juillet 1832. Sirey, 32, 1, 492.
(6) Cass., 6 juill. 1836. Sirey, 36, 1, 876.
(7) Douai, 7 janv. 1836. Sirey, 37, 2, 137.

firmation, au moyen de l'obligation soi-disant préexistante, en même temps qu'on ferait valoir cette obligation par la confirmation ou l'exécution volontaire, sans autrement prouver l'une indépendamment et séparément de l'autre.

14. Quant aux moyens de preuve admissibles pour établir l'existence de l'obligation que la confirmation présuppose, ce sont ceux qui, abstraction faite de l'acte réputé sans force probante, seraient admissibles d'après les principes ordinaires du droit. Il faudra donc, suivant la nature et l'importance de l'engagement allégué et prétendu confirmé, soit une preuve écrite, soit un commencement de preuve par écrit, si la preuve par témoins ou par présomptions est interdite. Mais les actes de confirmation et d'exécution volontaire pourront eux-mêmes fournir d'utiles éléments, et servir à prouver tout à la fois et l'obligation et sa confirmation.

Que si la partie qui prétend que l'obligation a été confirmée soutenait qu'un nouvel accord est intervenu pour suppléer la convention, qui est restée à l'état de simple projet n'ayant rien de définitif ni d'obligatoire, telle du moins qu'elle apparaît dans l'acte informe qui est représenté; dans ce cas, cette partie ne serait également autorisée à prouver l'existence de ce nouvel accord, que conformément aux règles générales du droit. Bien qu'elle allègue des faits de confirmation ou d'exécution volontaire, si la convention qu'elle offre de prouver n'est pas susceptible d'être prouvée par témoins, elle devra produire une preuve écrite ou un commencement de preuve par écrit. Autrement, sous prétexte de confirmation, elle arriverait à éluder les dispositions prohibitives de la preuve testimoniale (1).

15. Voyons maintenant à quelle époque une obligation peut être utilement confirmée ou ratifiée.

En règle générale et absolue, les actes de confirmation et de ratification ne peuvent efficacement intervenir, que lorsque la partie de qui ils émanent peut régulièrement et valablement

(1) Cass., 26 juill. 1832. SIREY, 32, 1, 492.

contracter l'obligation à laquelle ils s'appliquent, sous les divers rapports du consentement, de la capacité, de l'objet et de la cause. On conçoit, dès lors, que le temps de la confirmation varie, suivant la nature des vices dont l'obligation se trouve entachée.

16. Lorsqu'il n'existe que des vices de forme, c'est-à-dire des vices qui entachent l'acte considéré comme moyen de prouver l'engagement, la confirmation peut avoir lieu immédiatement; car les vices dont il s'agit, ne se rapportant qu'à la preuve, peuvent être incessamment purgés et couverts.

Quant aux vices de consentement, ils rendent inefficace toute confirmation qui interviendrait avant que leur cause eût cessé. Une obligation viciée d'erreur, de dol, de violence, ne peut donc être régulièrement confirmée que du jour où le dol et l'erreur ont été découverts, ou du jour où la violence a cessé (1115). Si elle était donnée plus tôt, elle serait entachée des mêmes vices que l'obligation, et ne ferait que les perpétuer, sans modifier en rien le point de départ de la prescription décennale de l'action en rescision ou en nullité à laquelle est soumise l'obligation.

S'il s'agit d'un vice de capacité, l'obligation ne pourra être confirmée par les femmes mariées qu'après la dissolution du mariage; par les interdits, qu'après la mainlevée de l'interdiction; par les mineurs, qu'après leur majorité (1311); par les personnes soumises à un conseil judiciaire, qu'après la levée de la défense qui leur avait été faite de procéder sans conseil; par les personnes en état de démence de fait, sans interdiction, soit qu'elles aient été placées ou non dans des établissements d'aliénés, que du jour seulement où elles ont pleinement recouvré leur raison.

Cependant, s'il s'agissait de simples actes d'administration de la nature de ceux qui rentrent dans les pouvoirs des mineurs émancipés et des femmes séparées de biens, ils pourraient, quoique faits avant l'émancipation ou la séparation de biens, être valablement confirmés après, sans attendre la majorité ou

la dissolution du mariage. Comme ils peuvent valablement contracter de semblables obligations, le mineur et la femme peuvent les confirmer.

17. Ici se présentent plusieurs questions. Si le mineur a contracté seul, comme le tuteur est chargé de l'administration de ses biens, et que c'est lui qui, en sa qualité, contracte personnellement pour le mineur, il peut seul valablement confirmer et ratifier l'engagement, lequel vaut dès lors comme si, dès le principe, il avait été pris par le tuteur (1). Mais le tuteur n'a ce droit que tant que dure la tutelle.

Si cet engagement exige pour sa validité l'accomplissement de certaines formalités spéciales, il suffira que le tuteur les fasse accomplir ultérieurement, pour que la convention se trouve régulièrement confirmée. Il est ainsi suppléé à l'incapacité du mineur et à l'inobservation des formes prescrites.

Quant aux actes faits par les mineurs émancipés et les personnes soumises à un conseil judiciaire, en dehors de leur capacité personnelle, sans l'assistance de leur curateur ou conseil, ils ne peuvent les confirmer, leur incapacité durant, que sous cette assistance et moyennant l'accomplissement, suivant les cas, des formalités exigées. Vainement même leur curateur ou conseil prétendrait-il les confirmer et ratifier seul, en leur donnant ensuite son approbation ; cette confirmation, soit qu'elle soit expresse ou tacite, est inefficace, si le mineur émancipé ou le prodigue n'y a personnellement concouru. Tel est, en effet, le caractère de l'incapacité de ces derniers, qu'ils contractent par eux-mêmes en leur nom, et qu'ils sont simplement assistés, à la différence des mineurs en tutelle, de leur curateur ou conseil. Ils doivent donc intervenir en personne dans les actes qui les intéressent, sans qu'ils puissent être plus tard dépouillés du droit d'agir en rescision ou en nullité par le fait de tiers, qui, en dehors de leur mission de simple assistance, n'ont ni qualité ni pouvoir pour les obliger.

(1) *Contrà*, DURANTON, T. 2, nº 518.

Si les curateur ou conseil avaient agi seuls, comme ils n'en avaient pas le droit, le mineur émancipé et le prodigue pourraient sans doute confirmer et ratifier, mais seulement, tant que dure leur incapacité, sous l'assistance de leur curateur ou conseil. Car ils ne peuvent, par leur propre fait, s'ils n'y sont régulièrement habilités, renoncer à l'action en nullité ou en rescision qui leur appartient.

18. Nous devons appliquer des principes analogues aux actes faits par les maris ou leurs femmes.

Ainsi, le défaut d'autorisation maritale et la nullité qui en résulte sont-ils réparés par la confirmation ou ratification donnée ultérieurement par le mari, alors même qu'elle aurait eu lieu sans le concours de sa femme? La même controverse qui existait sur cette question, sous notre ancien droit, existe encore aujourd'hui sous le Code Napoléon. Les uns (1) pensaient que cette confirmation couvrait, à l'égard de toute personne, la nullité. Pothier (2), après avoir énoncé que, en principe, la confirmation donnée par le mari, après l'acte, ne devrait point couvrir la nullité résultant du défaut d'autorisation, parce que l'obligation de la femme est absolument nulle, et que le néant n'est pas susceptible de confirmation, admet, néanmoins, que la femme, ni ses héritiers, ne peuvent plus attaquer l'acte depuis que le mari l'a confirmé, et que si cette confirmation ne produit pas d'effets rétroactifs, *ex tunc*, elle vaut du moins du jour où elle a été donnée, *ex nunc*. Pothier fonde la validité de cette autorisation maritale sur ce que les parties étant censées persévérer dans leur volonté, tant qu'il n'apparaît pas d'une intention contraire, l'approbation du mari ne fait que donner plus de force et d'efficacité à leur consentement. Aussi, ajoute-t-il « que si, avant l'autorisation, l'une ou l'autre partie était morte ou avait perdu l'usage de la raison, ou avait déclaré un changement de volonté, l'autorisation

(1) CHARONDAS, *Coutume de Paris*, art. 223. — LEBRUN, *Traité de la Communauté*. sect. 5, n°s 7 et suiv. — LEPRÊTRE, *Cent.* 2, ch. 16 et 20.

(2) *De la puissance maritale*, n° 74.

qui serait depuis interposée par le mari ne pourrait plus rétablir l'acte, et que l'acte, rétabli par l'autorisation survenue depuis, ne peut produire d'hypothèque que du jour de l'autorisation, n'étant valable que de ce jour. » Nous nous bornons à remarquer, sur cette opinion de Pothier, que les obligations contractées par les femmes, sans autorisation, ne sont point, sous le Code Napoléon, frappées, comme autrefois, d'une nullité absolue, mais seulement d'une nullité relative.

Cependant, d'autres auteurs pensaient que la ratification postérieure du mari ne couvrait point la nullité de l'acte et ne le rendait point valable (1). Nous trouvons, dans les annotations de Lapeyrère, des observations parfaitement justes à cet égard. Elles nous semblent non moins fondées sous le Code Napoléon que sous notre ancien droit. « Pour la décision, dit-il, il faut remarquer la distinction qui se fait par tous les docteurs, ou la coutume désire tel consentement (celui du mari) comme autorité, ou comme solennité, ou bien comme simple consentement. Si, comme autorité, ils disent que l'acte qui se fait sans icelle est nul, parce que la personne qui le fait n'a pas d'habilité pour cela. Si, comme solemnité, l'acte ne vaut pas non plus, parce que ce qui est essentiel à l'acte y défaut. Que si, comme simple consentement, l'acte se rend parfait en quelque temps que la personne consente, parce que c'est son intérêt : il est donc nécessaire, dans les deux premiers cas, que l'autorisation se fasse *in rem præsentem et in ipso actu*, autrement ce n'est pas satisfaire au désir de la coutume...»

« Paul de Castre, ajoute-t-il, fait une distinction décisive de notre question. Ou bien, dit-il, la coutume désire le consentement du mari, afin qu'il ne reçoive aucun préjudice du contrat que la femme pourrait faire ; ou elle le désire, afin que la femme même n'abuse pas de son bien, et ne reçoive aucun dommage de tel contrat. Au premier cas, il décide que le mari peut, en tout temps, *consentire vel ante actum, vel in ipso actu*,

(1) ROUSSEAUD DE LACOMBE, v° *Autorisation*, sect. 2, n° 2. — LAPEYRÈRE, *Lettre* D, n° 100, et *Lettre* A, n° 87.

vel post actum; mais, au second cas, il faut que le consentement donne la vigueur et la force à l'acte, qui, autrement, n'en peut avoir. Les termes de la coutume montrent assez que c'est pour l'avantage de la femme, aussi bien que pour celui du mari, qu'elle a désiré tel consentement, puisqu'elle dit que, tant au respect de la femme que du mari, le contrat sera nul, pour ôter toute ambiguité; car, autrement, on eût pu demeurer dans le doute, si tel consentement regardait l'intérêt de la femme ou celui du mari... »

Enfin, notre auteur conclut : « Si la coutume avait résolu la nullité en faveur du mari, l'intérêt du mari cessant, la nullité cesserait; mais, étant ici introduite en faveur de la femme, laquelle demande le rétractement de l'acte qu'elle a fait par fragilité, la nullité ne cesse pas. »

Nous avons donné quelques développements à cette citation, parce que la question y est parfaitement posée, et les raisons de décider très ingénieusement déduites.

Sous le Code Napoléon, même dissentement entre les auteurs et les arrêts. Les uns repoussent (1), tandis que les autres admettent (2) l'autorisation ou la confirmation donnée plus tard par le mari seul, comme suffisante pour couvrir d'une manière absolue, à l'égard de toute personne, la nullité résultant du défaut d'autorisation maritale. Quant à nous, nous croyons que cette confirmation est inefficace à l'égard de la femme; et voici sur quelles raisons nous fondons notre opinion.

Dans le projet du Code Napoléon, l'article 217, contenait un second paragraphe, ainsi conçu : Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. Cet article

(1) MERLIN, Rép., v° *Autorisation maritale*, sect. 6, § 3, n° 2. — DURANTON, T. 2, n° 518. — TOULLIER, T. 2, n° 618. — BENOIT, *Dot*, T. 1, n° 224. — Rouen, 18 nov. 1825. SIREY, 26, 2, 271. — Cass., 12 fév. 1828. SIREY, 28, 1, 356. — Grenoble, 26 juill. 1828. SIREY, 29, 2, 28. — Cass., 26 juin 1839. SIREY, 39, 1, 878. — Paris, 23 fév. 1849. SIREY, 49, 2, 145.

(2) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 344. — DELVINCOURT, T. 1, pag. 159. — PROUDHON, T. 1, pag. 269. — VAZEILLE, *Mariage*, T. 2, n°s 379 et suiv. — Colmar, 28 nov. 1816. SIREY, 17, 2, 145.

ayant été renvoyé à la section de législation, il arriva que, lors de sa rédaction définitive, ce paragraphe fut entièrement supprimé, sans que les travaux préparatoires du Code fassent connaître les motifs de cette suppression (1). Chaque opinion, dès lors, s'en empare pour expliquer, à son point de vue, ces changements de rédaction. Ainsi, celle que nous combattons s'en autorise elle-même, et les auteurs qui la soutiennent prétendent que la suppression du paragraphe proposé a eu lieu parce qu'il était inutile, en présence des principes généraux qui régissent la matière des confirmations. Il nous semble, au contraire, que cette suppression, opérée lors de la rédaction définive, indique, de la part du législateur, l'intention de ne point consacrer la disposition particulière qui, dans le principe, avait été arrêtée. Elle avait, néanmoins, son importance, en présence de la controverse qui existait dans la jurisprudence et parmi les auteurs. Car nous verrons bientôt que les principes généraux, en matière de confirmation, sont loin de résoudre la difficulté dans le sens où le paragraphe supprimé la décidait formellement.

On argumente encore de l'ordre dans lequel l'article 217 exige, soit le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit; et l'on dit que le législateur, en rejetant tout à fait à la fin ces mots, son consentement par écrit, n'exige point que ce consentement soit donné au moment même de l'acte, que, conséquemment, un consentement postérieur est suffisant pour couvrir la nullité résultant du défaut d'autorisation maritale. A l'appui de cette interprétation, on invoque encore un changement de rédaction qu'a subi l'article 217. Il était primitivement terminé par ces mots : sans le consentement par écrit, ou le concours du mari dans l'acte. Ces dernières expressions sont aujourd'hui simplement interverties. Mais cette interversion peut-elle fonder l'interprétation que l'on donne à cet article? Elle ne nous semble pas avoir une portée aussi considérable.

(1) Voy. Locré, t. 4, pag. 394, 397 et 431.

La rédaction primitive était, en effet, amphibologique ; il en résultait en apparence que le consentement par écrit du mari, aussi bien que son concours, devait être établi dans l'acte au sujet duquel il était accordé ; de telle sorte que l'article 217 semblait exclure comme irrégulier tout consentement, même par écrit, qui aurait été donné antérieurement à l'acte ou séparément. A coup sûr, une semblable interprétation eût été complètement erronée. Or, sa rédaction actuelle n'a eu d'autre objet que de montrer clairement et sans équivoque, que le consentement écrit du mari pouvait être accordé et établi en dehors de l'acte, et sans qu'il y concourût personnellement. Mais de ce que le mari peut donner son consentement, par acte séparé, soit avant, soit au moment même où la femme contracte, il ne s'ensuit point qu'il puisse également donner, après coup, sans qu'elle y concoure, une autorisation régulière. L'article 217 et les circonstances de sa rédaction définitive ne peuvent donc résoudre la question.

Est-elle du moins résolue, et en quel sens, par les principes généraux relatifs à la confirmation expresse ou tacite? En tant qu'elle emporte renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre un acte, la confirmation n'oblige que celui de qui elle émane, dans la mesure de son intérêt et de ses droits personnels. Il s'agit donc de savoir, pour la décision de notre question, si l'autorisation maritale a été exigée, à peine de nullité de l'engagement de la femme, en considération de l'intérêt exclusif du mari ou de la femme, ou, en même temps, de l'un et de l'autre. S'il est vrai que la nullité de l'acte ne soit fondée que sur l'intérêt personnel et privé du mari, sur le seul défaut de son consentement, il n'y a pas de doute que le mari ne puisse couvrir cette nullité par son approbation et sa confirmation expresse ou tacite, à quelque époque qu'il donne son consentement, pourvu que ce soit pendant la durée du mariage.

Mais c'est précisément ce principe que nous contestons. Il y a une grande divergence d'opinions entre les auteurs sur le point de savoir sur quelles considérations est fondée la néces-

sité de l'autorisation maritale. Est-elle exigée dans l'intérêt seul du mari, dans l'intérêt commun des époux, dans l'intérêt particulier de la femme? N'envisager que l'un de ces intérêts, ce serait n'apprécier la question que d'une manière très incomplète. L'incapacité de la femme mariée est, sans aucun doute, la conséquence immédiate et nécessaire du fait même du mariage et de la puissance maritale. Mais cette puissance n'attribue pas seulement au mari des droits à la déférence et à la soumission de sa femme; elle lui impose, en outre, des devoirs de protection et de surveillance envers cette dernière, et envers la société conjugale elle-même. L'autorisation maritale est donc exigée pour garantir, soit les intérêts personnels du mari, soit les intérêts particuliers de la femme, soit les intérêts communs qui naissent de leur union. L'incapacité personnelle de la femme tient ainsi autant à la condition subordonnée qui lui est faite dans le mariage, qu'aux devoirs d'assistance et de protection dont le mari n'est tenu envers elle que parce que, à raison de sa faiblesse personnelle, elle est censée hors d'état de défendre convenablement, soit ses intérêts individuels, soit ceux de l'union conjugale. Aussi, est-elle rangée personnellement au nombre des incapables, et la nullité, fondée sur le défaut d'autorisation, peut-elle être opposée par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers (225).

Ici viennent les judicieuses annotations de Lapeyrère. Ce n'est pas que l'autorisation du mari soit exigée comme solennité de l'acte; elle l'est seulement, soit comme autorité pour habiliter la femme, soit comme simple consentement pour donner à l'acte la force et la vigueur qu'autrement il n'aurait pas. Mais comme elle est requise dans l'intérêt de la femme aussi bien que dans celui du mari, ce dernier peut sans doute valablement confirmer seul l'acte consenti par sa femme, en ce qui le concerne; mais il ne peut, par cette confirmation ultérieure, la priver du bénéfice de l'action en nullité ouverte en sa faveur. Il y a pour elle un droit acquis, dont elle ne peut être dépouillée sans sa participation et malgré elle. Comme la nullité de son engagement est fondée sur son incapacité, et

que son incapacité même se rattache à des considérations relatives à ses intérêts particuliers, la confirmation ultérieure donnée par son mari seul, sans son concours, ne peut lui être opposée comme emportant, de sa part, renonciation aux moyens et exceptions que, de son chef, elle pouvait invoquer. Ainsi se concilient les droits et les intérêts individuels de l'un et de l'autre; en confirmant l'engagement pris par sa femme, sans autorisation, le mari renonce à toute action en nullité, en ce qui le concerne personnellement; mais, quant à la femme, il n'en résulte pour elle, puisqu'elle n'y a point concouru, aucune forclusion, ni renonciation.

De là plusieurs conséquences : Si l'acte que la femme a accompli sans autorisation est un de ceux que le mari peut consommer seul, tel que l'aliénation des choses dépendantes de la communauté, le louage de ses biens propres ou dotaux, dans ce cas, il peut seul, et sans le concours de sa femme, valablement le confirmer ou ratifier. Il ne fait alors que s'approprier, comme s'il l'avait consenti lui-même, l'acte émané de sa femme; et cette dernière n'a aucune action en nullité à exercer.

D'autre part, la femme ne peut donner une confirmation valable, sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, qu'après la dissolution du mariage; à moins qu'il ne s'agisse d'un acte qu'une femme séparée peut consentir seule, auquel cas elle peut donner une confirmation valable, après sa séparation de biens, puisqu'alors elle est capable de contracter ce même engagement qu'elle ratifie.

Il en est de même des actes que le mari aurait accomplis seul, alors que le concours de sa femme était nécessaire.

Les actes de confirmation émanés de la femme ne sont opposables au mari, lorsqu'il a un intérêt personnel à la nullité de l'engagement, que lorsqu'ils ont eu lieu de son consentement et sous son autorisation. Ainsi, on ne peut se prévaloir contre le mari, ses héritiers et ayants-cause, de la confirmation donnée par la femme après la dissolution du mariage, ou durant le mariage, sous la seule autorisation de justice. Une

semblable confirmation n'emporte renonciation que de la part de la femme, sans qu'elle enlève au mari le droit de poursuivre, suivant son droit et ses intérêts, l'action en nullité qui lui appartient de son chef.

Quelle que soit, du reste, l'opinion à laquelle on s'arrête sur notre question, il n'est pas douteux que le mari ne puisse d'aucune façon valablement confirmer, après la dissolution du mariage, les actes passés par sa femme sans son autorisation. Ses héritiers et ayants-cause ne le peuvent non plus qu'en ce qui concerne leurs droits et intérêts particuliers. La puissance maritale, de laquelle seule pourrait découler ce pouvoir que nous lui contestons, même durant le mariage, cesse en effet aussitôt que l'union conjugale est dissoute.

Et même durant le mariage, si la femme, régulièrement autorisée de justice, avait introduit une action en nullité, le mari prétendrait vainement confirmer seul et sans son concours l'acte attaqué. L'introduction de l'action constitue, au profit de la femme, un droit acquis à la nullité de son engagement (1).

19. Si, pour les vices de consentement et de capacité, il doit nécessairement arriver une époque où ils peuvent être régulièrement réparés, il n'en est pas indistinctement ainsi lorsqu'il s'agit de vices d'objet ou de cause. Souvent, en effet, ces vices produisent une nullité perpétuelle qui ne peut jamais être couverte, et que la volonté seule des contractants ne peut effacer à aucune époque. Mais il arrive souvent aussi que le vice de l'objet ou de la cause n'est que temporaire, alors même que la nullité qui en résulte est d'ordre ou d'intérêt public. La cause qui produisait le vice venant à cesser, l'engagement peut dès lors être valablement confirmé et ratifié.

Nous ne saurions énumérer ici les diverses espèces d'obligations qui peuvent être entachées d'un vice perpétuel d'objet ou de cause. Qu'il nous suffise de rappeler ce principe général

(1) Zachariæ, t. 3, pag. 345.

et absolu, que le vice de l'objet ou de la cause est perpétuel et produit une nullité indélébile, toutes les fois que la cause sur laquelle il est fondé ayant une durée indéfinie, l'indisponibilité de la chose, les bonnes mœurs, les prohibitions de la loi, l'ordre public ou l'intérêt général réclament incessamment, et résistent à tout acte de confirmation ou de ratification.

Le vice est, au contraire, seulement temporaire et d'une durée limitée, lorsque la cause qui le produit doit cesser à une certaine époque. L'engagement devient dès lors, puisque rien ne s'y oppose, susceptible de confirmation.

20. Nous nous bornerons à citer ici quelques exemples d'engagements de cette dernière espèce, en commençant par ceux qui sont entachés d'un vice d'objet.

La loi prohibe et annule tous traités faits sur succession future. Cependant, comme le vice du contrat n'est que temporaire, et qu'il cesse à l'ouverture de la succession, on peut, à partir de ce moment-là, valablement confirmer l'engagement. L'indisponibilité de la chose ayant cessé, le vice du contrat peut être purgé et couvert (1). Que si l'on prétend rattacher, sous certains rapports, à des considérations de morale et de décence publiques la nullité des traités faits sur succession future, ces considérations cessant elles-mêmes après l'ouverture de la succession, le vice de l'acte devient susceptible de réparation.

Il en est de même des actes contenant aliénation des biens dotaux. Comme leur inaliénabilité cesse après la dissolution du mariage, la femme ou ses héritiers peuvent alors valablement les confirmer et ratifier. Mais tout acte de confirmation qui aurait lieu plus tôt, même après la séparation de biens, serait sans efficacité, comme emportant renonciation à l'inaliénabilité de la dot (2).

21. Les vices de cause nous offrent eux-mêmes des exemples

(1) TOULLIER, T. 8, n° 516. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 455.
(2) TROPLONG, *Contrat de mariage*, n°s 3563 et suiv.

analogues. Ainsi, les articles 1396 et 1397 prononcent la nullité des contre-lettres par lesquelles les époux modifient leurs conventions matrimoniales, sans observer les formalités prescrites. Cette nullité, fondée sur des considérations d'intérêt public, ne peut sans doute, tant que dure le mariage, être couverte par aucun acte de confirmation de la part des époux ou de tous autres; mais après sa dissolution, la contre-lettre peut être régulièrement confirmée (1).

22. L'article 1398 veut que le mineur habile à contracter mariage soit assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. A défaut de cette assistance, le contrat de mariage est nul relativement au mineur, qui peut seul se prévaloir de la nullité (2). Mais comme des considérations d'intérêt public ont déterminé le législateur à exiger que le contrat de mariage ait un caractère d'irrévocabilité et d'immutabilité qui garantisse à la fois les droits des époux entre eux et ceux des tiers à leur égard, la nullité ne peut être efficacement couverte qu'après la dissolution du mariage, sans qu'on puisse opposer aucun acte de confirmation expresse ou tacite, qui serait intervenu pendant sa durée. Autrement, si, durant le mariage, les époux pouvaient valablement le confirmer, il dépendrait d'eux de lui enlever son caractère essentiel d'irrévocabilité et d'immutabilité; en un mot, d'avoir ou de n'avoir pas de contrat de mariage.

Un autre argument, en faveur de notre opinion, se tire du point de départ de la prescription décennale à laquelle est soumise l'action en nullité de ce contrat. Comme elle ne court pas entre époux (2253), elle ne commence à courir que du jour de la dissolution du mariage et non de la majorité (3).

(1) Merlin, Rép., v° *Convention matrim.*, § 2. — Zachariæ, t. 2, pag. 454. — Metz, 26 nov. 1823. Sirey, 26, 2, 27.

(2) Zachariæ, t. 3, pag. 395. — Troplong, *Contrat de mariage*, n° 288. — Voy. 1125, n° 6.

(3) Zachariæ, *ibid.* — Troplong, *Contrat de mariage*, n° 286.

Or, il y a un rapport intime entre l'époque où la prescription commence à courir, et celle où la nullité peut être couverte au moyen d'actes de confirmation. En effet, la prescription est fondée sur la présomption que le silence des parties vaut confirmation et ratification tacite. En ne faisant courir la prescription qu'à partir de la dissolution du mariage, la loi suppose donc qu'il n'a pu auparavant intervenir entre les époux aucun acte qui puisse couvrir la nullité de leur contrat de mariage (1). Elle annule donc et anéantit tout acte de confirmation émané d'eux, comme ayant été arraché à la faiblesse et à l'imprévoyance, et comme manquant, par suite, des conditions nécessaires.

Aussi, a-t-il été décidé que, si les vices de forme dont est entaché un contrat de mariage peuvent être réparés par des actes de confirmation ou d'exécution volontaire après la dissolution du mariage (2), ils ne pouvaient l'être durant le mariage, soit par le silence des époux, soit même par leur consentement formel (3).

23. Que l'on suppose encore un contrat de mariage rédigé par acte sous seing privé, et conséquemment nul (1394). Aucune confirmation n'est valable entre époux pendant le mariage. Le payement même d'une partie de la dot constituée à l'un d'eux ne vaudrait pas confirmation de la part du constituant. Il pourrait, nonobstant cette exécution volontaire, refuser le payement du surplus; et, après sa mort, ses héritiers auraient le même droit (4).

Mais cette nullité se rattache autant aux dispositions de l'article 1340, relatives aux actes de donation, qu'à celles de l'article 1395, qui concernent les contrats de mariage. Aussi, pensons-nous que, si ce payement fait par le constituant, en

(1) Riom, 23 juin 1853. Sirey, 54, 2, 37.

(2) Cass., 31 janvier 1833. Sirey, 33, 1, 471.

(3) Rodière et Pont, t. 1, n° 158. — Troplong, *Contrat de mariage*, n° 288. — Caen, 9 mai 1844. Sirey, 45, 2, 76. — Nîmes, 6 août 1851. Sirey, 51, 2, 613.

(4) Pau, 18 juin 1836. Sirey, 36, 2, 546.

connaissance de cause, ne confirme point la constitution de dot, il vaudrait néanmoins confirmation, s'il avait été fait par ses héritiers, et que, dans tous les cas, il empêche, pour ce qui a été payé, l'action en répétition de l'indû. En ce point s'applique l'article 1340; mais, quant aux époux, aucun acte de confirmation n'est valable, de leur part, avant la dissolution du mariage.

24. Nous sommes déjà autorisé à poser ce principe général, que si le vice de l'acte tient à une présomption légale d'erreur, de dol et de fraude, résultant de l'inobservation des formalités prescrites, ce même vice se communique aux actes de confirmation et d'exécution, tant que le principe n'en est pas effacé; de telle sorte que ces actes ne peuvent valoir comme confirmation ni ratification, et que l'action de la partie à laquelle on les oppose ne peut être éteinte que par le laps de temps nécessaire pour la prescription à laquelle elle est spécialement soumise. Ce principe, qui se déduit des observations qui précèdent, est confirmé par un nouvel exemple, que nous empruntons aux comptes de tutelle.

L'article 472 prononce la nullité de tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'ayant-compte, dix jours au moins avant le traité. Tout acte de confirmation d'un traité ainsi fait en contravention aux dispositions de cet article, ne peut donc être valable, s'il n'est intervenu après l'accomplissement des conditions qu'il prescrit. Cet acte de confirmation est, en effet, entaché lui-même du même vice que le traité auquel il s'applique, soit qu'il s'agisse d'une ratification tacite ou expresse (1).

« Aux termes de l'article 472, dit la Cour de cassation (2),

(1) Zachariæ, t. 1, pag. 237, et t. 2, pag. 455. — Lyon, 31 déc. 1832. Sirey, 33, 2, 173. — Grenoble, 15 nov. 1837. Sirey, 38, 2, 180. — *Contra*, Limoges, 8 mai 1835. Sirey, 36, 1, 946.

(2) Cass., 5 juin 1850. Sirey, 50, 1, 714.

tout traité qui peut intervenir entre le tuteur et le pupille devenu majeur est nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte de tutelle et de la remise des pièces justificatives... L'action en nullité n'étant ouverte qu'après la majorité du pupille, elle peut être exercée tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu, et quelque soit l'âge du pupille, à moins que l'action n'ait été légalement prescrite. Elle ne peut cesser d'exister par la connaissance que le pupille, devenu majeur, pouvait avoir de ses droits et de sa juste position à l'égard du tuteur, puisque, aux termes de l'article 472, la présomption légale de la connaissance de ses droits n'existe, pour le pupille devenu majeur, que par le fait même de la reddition du compte de tutelle, détaillé et accompagné de la remise des pièces justificatives. L'exécution donnée au traité n'en change pas le caractère, le vice dont l'acte lui-même est atteint se communiquant aux actes d'exécution, tant que la cause en subsiste. L'action en nullité ne saurait être prescrite tant que l'action du mineur contre son tuteur en reddition de compte de tutelle n'est pas prescrite elle-même par le laps de temps determiné par l'article 475. »

25. On s'est demandé si une obligation sans cause ou sur une fausse cause peut être valablement confirmée. Cette question peut indifféremment se résoudre par l'affirmative ou la négative, suivant le point de vue auquel on se place. Il importe donc de s'entendre, et, pour cela, quelques courtes explications sont nécessaires.

Non, sans doute, l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ne peut être confirmée, parce que, aux termes de l'article 1131, elle ne peut avoir aucun effet, qu'elle est frappée d'une nullité radicale, réputée même inexistante, et que ce qui n'existe pas n'est point susceptible de confirmation ni d'exécution qui en tienne lieu (1).

Mais c'est en ce sens seulement que la confirmation expresse

(1) Bordeaux, 24 déc. 1844. SIREY, 45, 2, 356.

ou tacite est impuissante à en couvrir le vice, si elle ne supplée elle-même l'absence ou la fausseté de la cause, de manière à donner désormais à l'obligation une cause réelle et licite. Il est incontestable que, dans ce cas, le vice se continue dans l'acte de confirmation, quel qu'il soit.

L'obligation sans cause ou sur cause fausse peut, au contraire, être valablement confirmée et ratifiée, et sa confirmation ou exécution volontaire emporte renonciation à en opposer la nullité, si, de la part de l'obligé qui la confirme et ratifie, il y a eu intention de couvrir le vice en suppléant une cause véritable et licite d'engagement. Il existe en effet, dès lors, une cause capable de fonder l'obligation, et il importe peu à sa validité qu'elle y soit ou non exprimée, pourvu qu'en réalité elle existe. Car une obligation n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée. Ce n'est pas à un autre titre que les actes déguisés et simulés, sans fraude envers la loi, doivent être exécutés de la manière dont les parties ont entendu qu'ils le fussent, lorsqu'ils ont une cause licite et réelle (1).

L'exécution volontaire n'empêche alors fort souvent que la répétition comme indû de ce qui a été payé, sans donner action pour le surplus au prétendu créancier (2).

Lorsqu'il s'agit de la confirmation d'une obligation qui, dans le principe, était sans cause ou sur cause fausse, la question de sa validité ou de son inefficacité se réduit donc à un point de fait. Si la confirmation, dans l'intention de celui de qui elle émane, n'a pas eu pour effet de suppléer le défaut ou la fausseté de la cause, elle demeure inefficace, et ne répare pas le vice. Que si, au contraire, le confirmant a entendu substituer une autre cause réelle, même purement gratuite, la confirmation vaut et emporte renonciation à opposer la nullité de l'engagement. Mais alors c'est au créancier qui s'en prévaut à

(1) TOULLIER, T. 6, n° 180, et T. 8, n° 521.

(2) DURANTON, T. 13, n° 281.

établir, d'après les circonstances, qu'elle réunit toutes les conditions essentielles à son efficacité.

26. Il est un vice de cause qui se rattache, sous certains rapports, au défaut et à la fausseté de cause; c'est la lésion, qui n'est, à tout prendre, qu'une insuffisance de cause. Ce vice peut de même être couvert par une confirmation expresse ou tacite, et il peut l'être immédiatement; car, de sa nature, il ne s'oppose pas à ce que la partie obligée, moyennant le concours de certaines conditions que nous expliquerons bientôt, confirme et ratifie tout de suite son obligation, quelque lésionnaire qu'elle puisse être.

Nous observons seulement que si la confirmation résulte d'une exécution volontaire, les juges devront se montrer d'autant plus sévères dans l'appréciation des conditions essentielles à tout acte confirmatif, que la lésion constitue un vice d'une espèce particulière, qui se mélange souvent d'erreur et de dol, et dont, conséquemment, la partie obligée ne se rend pas toujours un compte parfaitement exact. Cette observation se comprendra mieux par les explications qui vont suivre.

27. Les règles relatives à la confirmation, soit quant au fond, soit quant à la forme, reposent toutes sur ce principe, que chacun peut renoncer au droit introduit en sa faveur; *regula est juris antiqui omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renuntiare* (1).

L'article 1338 dit lui-même qu'elle emporte renonciation. Or, comme toute renonciation doit se faire en connaissance de cause, toute confirmation expresse ou tacite doit également avoir lieu en connaissance du vice dont l'acte est entaché, et avec l'intention de le couvrir. Telles sont les conditions essentielles de toute confirmation ou ratification, et les dispositions de notre article n'ont d'autre objet, quand elles règlent la forme de l'acte destiné à la constater, que de mieux assurer la preuve de leur concours et de leur accomplissement.

(1) L. 29, C. *De pactis*.

28. L'acte de confirmation ou de ratification, dit-il, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de l'obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.

Remarquons bien que ces dispositions ne régissent que la forme de l'acte, et ne concernent nullement la validité de la confirmation au fond. Cette distinction conduit à des conséquences importantes.

L'acte de confirmation, soit authentique ou sous seing privé, doit donc relater la substance de l'obligation, c'est-à-dire qu'il doit, en l'énonçant, la désigner de manière qu'elle ne puisse être confondue avec aucune autre. L'article 1338 n'exige que la relation de la substance de l'obligation, tandis que l'article 1337 exige la relation de la teneur du titre. Il suffira donc, pour satisfaire aux prescriptions de notre article, de relater l'engagement, quelque succincte et résumée qu'en soit la mention, soit par sa nature, son nom, sa qualification, ou même simplement sa date, pourvu qu'il n'y ait aucun doute sur son identité.

L'article 1338 exige, en outre, la mention du motif de l'action en rescision, afin qu'il soit bien établi que l'acte de confirmation a eu lieu en connaissance.

Il faut enfin qu'on y trouve l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. C'est cette intention qui donne à l'acte toute sa valeur. Il n'y aurait qu'un fait inefficace et stérile, si la partie de laquelle émane l'acte prétendu de confirmation n'avait en réalité jamais eu l'intention de couvrir le vice.

29. Le concours de ces diverses conditions doit résulter de l'acte même de confirmation. Il doit lui-même fournir la preuve de leur accomplissement. Ce n'est pas qu'il y ait aucune expression sacramentelle exigée. Il suffit que les termes de l'acte, quels qu'ils soient, ne permettent pas de douter que le confirmant n'ait eu l'intention de couvrir les vices de son obligation en parfaite connaissance de cause.

30. L'acte de confirmation peut, indépendamment de son irrégularité quant aux énonciations qu'il doit contenir, être entaché au fond d'un vice quelconque, tel que celui d'erreur, de dol, de violence, d'incapacité. Il est alors sujet lui-même à une action en nullité ou en rescision, et a besoin d'être confirmé.

Dans le cas même où il serait plus tard rescindé ou annulé, il ne laisserait pas de produire certains effets considérables. La rescision ou annulation ne remettra pas toujours les parties au même et semblable état que s'il n'avait jamais eu lieu; car il peut impliquer, de la part du créancier, certains faits qui peuvent exercer quelque influence sur l'action en nullité ou en rescision que l'acte prétendu de confirmation avait pour objet de couvrir. Telles sont les reconnaissances interruptives de la prescription.

Par exemple, si l'acte de confirmation est annulé pour cause de violence et de dol, les motifs mêmes de son annulation fournissent la preuve que le créancier, lorsqu'il l'a surpris ou arraché, a reconnu l'existence de l'action en nullité ou en rescision qui compétait contre lui. En conséquence, il en a, par sa reconnaissance, interrompu la prescription. Or, l'annulation prononcée de l'acte confirmatif n'empêche pas de subsister les aveux et reconnaissances qui en résultent, parce qu'ils sont indépendants des motifs qui ont fait prononcer la nullité soit la rescision de l'acte de confirmation où ils sont contenus (1).

31. En exigeant que l'acte de confirmation contienne la substance de l'obligation, la mention du vice et l'intention de le réparer, l'article 1338 ne signifie pas que cet acte ne doive avoir aucune espèce de valeur, s'il ne réunit pas cette triple constatation. Elle n'est, en effet, requise, quant à la forme et teneur de l'acte, que comme justification expresse et formelle de l'existence des conditions au concours desquelles est subordonnée la validité de l'acte confirmatif. Or, ces conditions peu-

(1) TROPLONG, *Prescript.*, nº 618. — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 70, nte 19. — VAZEILLE, *Prescript.*, nº 228.

vent très bien exister en réalité, quoique l'acte ne les mentionne pas; et la confirmation étant valable en soi, il ne peut y avoir de difficulté que quant à la preuve de son existence.

Si donc il existe, en dehors de l'acte de confirmation qui, à raison de son irrégularité, ne fait point une preuve complète, d'autres éléments réguliers de preuve, et que l'on établisse par eux que le débiteur connaissait réellement le vice de son obligation, et avait l'intention de le réparer, la confirmation devra produire tous ses effets. L'irrégularité de l'acte destiné à la constater n'exclut pas les autres moyens ordinaires de preuve, et peut être très bien suppléée par eux, conformément aux principes généraux du droit. Il en résulte seulement que l'acte ne fait pas, par lui-même, preuve pleine et entière de la confirmation, et qu'il ne constitue point un titre parfait sur lequel les juges puissent fonder exclusivement leur décision (1).

32. Tous moyens de preuve sont alors admissibles. Car, malgré l'insuffisance de ses énonciations, l'acte forme un commencement de preuve par écrit qui autorise l'admission de la preuve testimoniale et des présomptions simples. Il ne s'agit plus, dès lors, que de compléter la preuve par l'un de ces moyens (2), à moins que les parties n'aient fait, de la passation d'un acte régulier, la condition substantielle et absolue de la confirmation. L'acte n'est plus alors exigé simplement comme moyen de preuve, mais comme condition de la confirmation, puisque sa perfection même en dépend (3).

33. Si l'acte confirmatif ne faisait mention spécialement que d'un seul vice, il ne ferait preuve complète de la renonciation de l'obligé que par rapport à ce vice particulier. Quant aux autres vices non mentionnés dans l'acte, et également capables de fonder, à un autre titre, une action en rescision ou en nul-

(1) Toullier, t. 8, n° 499. — Duranton, t. 13, n° 276. — Zachariæ, t. 2, pag. 457, n^te 21.

(2) Toullier, t. 8, n° 500.

(3) Duranton, t. 13, n° 276.

lité, le créancier doit établir que, malgré le silence de l'acte, la confirmation s'applique à tous indistinctement.

Mais tous moyens de preuve sont alors admissibles pour l'établir, puisque, ainsi que nous venons de l'observer, l'acte confirmatif peut valoir comme commencement de preuve par écrit. Cependant, s'il résultait des termes dans lesquels il est conçu que le débiteur a eu l'intention de ne purger que tel vice exclusivement, son adversaire demanderait vainement à être autorisé à prouver que la confirmation doit recevoir une application plus étendue. Il ne serait du moins admis à faire cette preuve, que suivant les principes ordinaires applicables au cas où il s'agit de prouver outre et contre la teneur d'un acte. Il n'est plus en effet question, dans ce cas, de compléter une preuve, mais bien d'en administrer une qui est en opposition avec les termes formels et exclusifs de l'acte.

34. Ce point lui-même suppose résolue une question plus générale; c'est celle de savoir si, lorsque l'obligation est entachée de plusieurs vices, l'obligé peut, après l'avoir confirmée par rapport à l'un de ces vices, l'attaquer plus tard en rescision ou en nullité, en fondant son action sur l'existence d'un autre vice qu'il n'a jamais manifesté l'intention de réparer.

L'affirmative ne saurait souffrir aucune difficulté. La confirmation, comme tous les actes émanés de la volonté, tire en effet sa force de l'intention de celui qui confirme et ratifie. Libre de confirmer ou non, il est maître de donner à sa confirmation une portée plus ou moins restreinte. Il peut, ayant plusieurs causes d'actions correspondantes aux différents vices qui affectent l'engagement, ne renoncer qu'à une action particulière, et se réserver l'exercice des autres; par exemple, soit qu'il s'agisse d'une confirmation expresse ou d'une confirmation tacite, réparer les vices de consentement, tels que ceux résultant du dol, de l'erreur ou de la violence, et maintenir, pour en user à son gré, les vices de capacité, tels que ceux résultant du mariage, de la minorité, de l'interdiction; les vices d'objet, tels que ceux résultant de la dotalité, de l'hérédité

future; les vices de cause, tels que le défaut ou l'insuffisance de la cause, par exemple, la lésion proprement dite. Tout ceci est avoué par le droit et la raison (1).

De même que la confirmation expresse, la confirmation tacite par exécution volontaire, d'une donation, par exemple, peut bien emporter, de la part des héritiers du donateur, renonciation à la nullité résultant d'un vice de forme; mais elle n'entraîne pas également renonciation à leur droit, qui en est essentiellement distinct, de réclamer leur part dans la réserve ou portion indisponible de l'immeuble donné. Ils peuvent donc encore agir en réduction de la donation comme excédant la portion disponible (2).

35. Il ne se présente ainsi aucune difficulté sur le fond même du droit théorique, mais seulement dans son application. Si l'acte confirmatif est expressément limité, et s'il contient, quant aux autres vices non couverts, des réserves formelles, on n'éprouve aucune espèce d'embarras. Mais l'acte peut être explicite sur l'un des vices, sans avoir cependant rien d'exclusif quant aux autres; il peut être muet sur tous, et se borner à exprimer une confirmation en termes généraux, sans que, cependant, ils soient absolus. Dans ce cas, la question doit être résolue suivant l'appréciation des circonstances et des faits de la cause. Mais il faut ne pas perdre de vue que la confirmation n'est en soi valable que tout autant que le confirmant a connu le vice, et en même temps entendu le réparer. Les seuls vices purgés et couverts seront donc ceux qu'il aura connus et voulu couvrir. Quant aux autres, il n'y aura, de sa part, aucune renonciation aux moyens et exceptions dont ils forment le fondement.

Cette appréciation est, sans doute, fort délicate et difficile en cas de confirmation expresse; mais elle l'est peut-être plus

(1) L. 1, C. *Si major factus.* — Brunemann, sur cette loi. — Toullier, t. 8, n° 498. — Duranton, t. 13, n° 273. — Cass., 8 fév. 1841. Sirey, 41, 1, 436. — Limoges, 13 déc. 1847. Sirey, 48, 2, 466.

(2) Cass., 12 juin 1839. Sirey, 39, 1, 659.

encore en cas de confirmation tacite, où les actes desquels elle résulte ont par eux-mêmes un sens général, et ne comportent en apparence aucune espèce de distinction entre les vices dont on prétend trouver en eux la réparation. Ici encore il s'agit de rechercher avec soin si le débiteur a entendu les réparer tous, en égale connaissance de cause.

Ces deux conditions d'intention et de connaissance, qui sont intrinsèques et essentielles à toute confirmation, sont, en effet, communes à la confirmation expresse et à la confirmation tacite. Leur concours est exigé pour l'une et pour l'autre. Comme les actes d'exécution volontaire, d'où résulte la confirmation tacite, n'ont de valeur que comme indices d'une intention présumée de la part de celui de qui ils émanent, cette intention doit elle-même, comme aux cas de confirmation expresse, se caractériser et se qualifier par la connaissance acquise des vices qu'il s'agit de réparer. L'exécution volontaire doit ainsi être éclairée, réfléchie et exempte de toute erreur.

Le texte de l'article 1338 appuie ces observations, qui sont fondées sur la nature même de tout acte confirmatif. Il veut, en effet, qu'à défaut d'acte de confirmation ou ratification, l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. Or, quelle est cette époque? C'est celle où le confirmant avait connaissance des vices qu'il avait l'intention de réparer, puisque notre article exige, pour la régularité de l'acte de confirmation et comme preuve de cette connaissance, que l'acte mentionne le motif de l'action en rescision. Donc, celui qui exécute volontairement une obligation sujette à rescision ou à nullité doit, pour en couvrir et réparer régulièrement les vices, en avoir acquis la connaissance au moment où il accomplit un acte d'exécution volontaire. Et c'est aux juges à vérifier ce point de fait par l'appréciation des diverses circonstances (1).

(1) Toullier, t. 8, n° 504. — Merlin, Rép., v° *Ratification*, n° 9, et Quest., *Eod.*, v° § 5, n° 3. — Zachariæ, t. 2, pag. 455, n^te 20. — Duranton, t. 13, n° 277. — Cass., 5 déc. 1826. Sirey, 27, 1, 70. — Grenoble, 8 mai 1835. Sirey, 35, 2, 554.

36. Sous le rapport de la connaissance des vices qui motivent l'action en nullité ou en rescision, la position de l'obligé qui a figuré personnellement dans l'acte est différente de celle de ses héritiers ou ayants-cause. Il peut exister, en effet, certains vices inhérents à sa capacité ou à son consentement, que ceux-ci ne sont pas aussi bien que lui-même en état de connaître et d'apprécier. Ainsi, l'héritier qui paye une dette extorquée par violence ou surprise par dol à l'égard de son auteur, n'est pas censé confirmer et ratifier l'obligation, s'il n'est point établi qu'il a payé en connaissance du vice. Il peut donc, nonobstant le payement qu'il a fait de bonne foi, dans l'ignorance de la violence ou du dol, faire annuler l'obligation et exercer la répétition de l'indû (1).

Que si, au contraire, c'est son auteur même qui opère le payement, comme il a été personnellement victime de la violence et du dol, il ne peut en prétexter cause d'ignorance, et la confirmation est valable, pourvu qu'elle ait eu lieu après la découverte du dol ou la cessation de la violence.

Aussi, pensons-nous que l'article 892 est inapplicable, lorsque ce n'est pas le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie, après la découverte du dol ou la cessation de la violence, mais bien l'héritier de ce cohéritier, dans l'ignorance du dol ou de la violence pratiquée envers son auteur. Si, en effet, cet article dispose que le cohéritier qui a aliéné son lot n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol ou à la cessation de la violence, une semblable disposition est uniquement fondée sur ce que, dans ce cas, l'aliénation volontairement consentie, en connaissance du vice, constitue une confirmation tacite du partage. En exigeant que l'aliénation ait lieu en connaissance du vice, l'article 892 ne fait, ainsi que nous l'expliquerons plus loin, que consacrer les principes généraux du droit posé dans l'article 1338. Or, l'on comprend sans peine que l'héritier du cohéritier coparta-

(1) Pothier, *Condict. indeb.*, n° 141.

geant, qui aliène tout ou partie de son lot, ne doit point, sous le rapport de la connaissance du vice qui affecte le partage, être assimilé à son auteur, et que l'article 1338 lui est seul applicable; c'est-à-dire qu'il n'est censé ratifier le partage, par l'aliénation de tout ou partie de son lot, que si, au moment de cette aliénation, il a personnellement connu les vices de l'acte.

Et, quant à cette connaissance, il ne suffirait pas, pour la validité de la confirmation ou de l'exécution volontaire, qu'elle fût seulement signalée comme possible et extrêmement vraisemblable. Elle n'aurait, dans ces termes, qu'un caractère conjectural, tandis qu'elle doit être positive et certaine. La Cour de cassation (1) a fait de ce principe une application très rigoureuse, au cas d'exécution volontaire d'une vente arguée de lésion de plus des sept-douzièmes.

37. Ici se présente une question relative à la charge de la preuve. Est-ce le créancier qui invoque la prétendue confirmation qui doit établir qu'elle réunit toutes les conditions essentielles à sa validité? Ou bien, au contraire, est-ce au débiteur contre lequel on s'en prévaut à justifier qu'elle ne remplit point les conditions voulues d'intention et de connaissance?

M. Toullier (2) pense que le débiteur est tenu de cette preuve négative, parce que si, aux termes de l'article 1338, l'exécution volontaire suffit, celui au profit duquel le contrat est ratifié par l'exécution n'a rien autre chose à prouver; qu'en conséquence, il n'est pas obligé de prouver que le ratifiant connaissait le vice du contrat quand il l'a exécuté; que c'est à ce dernier de prouver qu'il ne le connaissait pas, s'il croit pouvoir le faire.

Ces observations ont entraîné M. Merlin, qui, après avoir embrassé l'opinion contraire (3), s'est plus tard rétracté (4),

(1) 19 déc. 1853. Sirey, 54, 1, 686.
(2) T. 8, n° 519. — *Conf.*, Troplong, *Donat.*, n° 1749.
(3) Rép., v° *Ratification*, n° 9, et v° *Testament*, sect. 2, § 5, n° 3.
(4) Quest., v° *Ratification*, § 5, n° 5.

en ajoutant aux raisons données par M. Toullier que, l'erreur ne se présumant pas, c'est à celui qui l'invoque à la prouver. Nous ne saurions, quant à nous, nous ranger à cette opinion.

L'argument que l'on tire du texte de l'article 1338 n'est rien moins que concluant, et quand on dit que, si l'exécution volontaire suffit pour confirmer l'obligation, le créancier qui l'oppose n'est pas tenu de prouver que l'obligé connaissait le vice de son engagement au moment de l'exécution volontaire, on donne aux expressions mutilées de notre article une très fausse interprétation. On ne fait pas attention, en effet, que cette exécution ne suffit qu'à la condition qu'elle a eu lieu après l'époque où l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. Or, M. Toullier (1) dit lui-même que c'est l'époque où l'obligé a connu les vices de l'obligation. Donc, cette connaissance acquise est une condition essentielle, à laquelle est subordonnée l'efficacité de l'exécution volontaire comme confirmation. La conséquence qu'il tire du texte de l'article 1338 est ainsi contradictoire avec le sens qu'il lui a attribué, puisque cette conséquence ne serait exacte que dans le cas où il serait établi que l'exécution volontaire vaut comme confirmation, abstraction faite de la connaissance ou de l'ignorance de l'obligé, quant aux vices qui entachent son obligation. Or, l'exécution volontaire ne suffit point, nous le répétons, si elle n'a eu lieu en connaissance du vice.

Quant à l'argument tiré de ce qu'en général l'erreur ne se présume pas, et que c'est à celui qui l'allègue à la prouver, il est ici tout à fait inapplicable. Oui, sans doute, il est incontestable que celui qui se prévaut de l'erreur pour en faire le fondement d'une action ou d'une exception, doit l'établir; mais l'obligé à qui on oppose sa confirmation prétendue n'est point dans cette situation. Voici, en effet, dans quelle position il se trouve et comment se développe le débat.

Il poursuit une action en nullité ou en rescision, et établit l'existence du vice sur lequel il la fonde. Sa demande est ainsi

(1) T. 8, nº 504.

justifiée, et il n'a plus rien à prouver. Quant à son adversaire, il oppose l'exécution volontaire ; il se constitue donc demandeur dans son exception, et, conséquemment, il doit la justifier, suivant les principes du droit commun. Or, cette exception ne sera justifiée que lorsqu'il aura établi que la prétendue confirmation dont il se prévaut, réunit toutes les conditions intrinsèques essentielles à sa validité ; et cette preuve ne sera faite que lorsqu'il aura établi que le débiteur a exécuté volontairement, en connaissance du vice, avec intention de le réparer.

Si plusieurs vices existent concurremment, il devra administrer la preuve pour chacun d'eux ; autrement, l'obligé pourra encore agir en rescision ou en nullité, en se fondant sur les autres vices dont il ne sera pas prouvé qu'il avait également connaissance au moment de l'exécution de l'acte.

Il nous paraît si vrai que la charge de cette preuve incombe au créancier qui oppose la confirmation, qu'il ne doit pas en être différemment en cas de confirmation expresse, puisque les conditions essentielles et fondamentales de toute confirmation ou ratification sont indistinctement les mêmes, indépendamment de la forme et de la nature des actes par lesquels leur existence se révèle. Or, supposez un acte de confirmation expresse qui ne mentionne pas le motif de l'action en rescision ; cet acte n'est pas valable ; néanmoins, celui qui l'oppose peut s'en autoriser pour être admis à prouver que la confirmation réunit toutes les conditions requises pour sa validité. Mais c'est à lui à faire cette preuve ; c'est à lui qu'incombe la charge d'établir que l'obligé connaissait le vice de son contrat. Pourquoi en serait-il autrement en cas de confirmation tacite ? Est-ce que les actes d'exécution volontaire emportent, par eux-mêmes, une présomption de science, et écartent toute présomption d'erreur de la part de celui de qui ils émanent ?

Que si, enfin, il n'existe ni acte exprès de confirmation, ni faits d'exécution volontaire, le créancier sera sans doute admis à prouver, par tous les moyens qui seraient admissibles pour établir l'existence de l'engagement, si elle était contestée, qu'il

est intervenu une confirmation expresse, mais verbale. Est-ce que, dans ce cas, il ne serait pas tenu de prouver que l'obligé a confirmé en pleine connaissance de cause? Pourquoi en serait-il donc autrement dans les autres cas de confirmation, quand, par eux-mêmes, les actes invoqués sont insuffisants pour justifier de cette connaissance acquise (1)?

38. Quoi qu'il en soit, il convient de distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Ce que nous venons de dire est inapplicable à cette dernière, parce qu'elle ne se présume point, qu'elle sort des règles ordinaires, et que c'est toujours à celui qui l'allègue à en établir l'existence par des preuves claires et positives. Lorsque le débiteur qui a confirmé son obligation, en connaissance du vice, prétendra que, néanmoins, il a été induit en erreur sur les conséquences juridiques et les effets légaux de ce vice, il sera tenu d'administrer la preuve de cette erreur de droit. Son adversaire ayant prouvé qu'en fait il connaissait le vice, n'a plus rien à établir, et, s'il y a doute, il en profite (2). Le confirmant est ainsi chargé de prouver l'erreur de droit qu'il invoque, comme il le serait en cas qu'il prétendît avoir été victime du dol ou de la violence.

39. Du reste, les tribunaux peuvent résoudre, par l'appréciation des circonstances, les deux questions relatives, soit à la connaissance du vice, soit à l'intention de le réparer.

La nature du vice qui entache l'obligation ou de l'exécution volontaire qu'on oppose comme confirmation, peut servir elle-même à les résoudre. Tel est le cas où, le vice étant personnel et apparent, celui qui confirme ne peut, avec apparence de raison, prétexter cause d'ignorance, et où les actes d'exécution sont tellement énergiques et caractérisés, qu'il est impossible d'admettre qu'il n'ait pas eu l'intention de purger et de couvrir tous vices quelconques, en pleine et entière connaissance.

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 455, n[te] 20. — MARCADÉ, art. 1338, n° 4.
(2) ZACHARIÆ, *ibid.*

10. A ces premières conditions, indispensables pour que les actes d'exécution volontaire vaillent confirmation, il convient d'en joindre d'autres. Il faut, en outre, que ces actes d'exécution émanent d'une personne capable de s'obliger, puisqu'ils ne peuvent utilement intervenir qu'après l'époque où l'obligation pouvait être valablement confirmée, et que ceux-là seuls sont capables de confirmer qui sont capables de contracter.

11. L'exécution doit enfin être volontaire, c'est-à-dire qu'elle ne doit être ni surprise par dol, ni arrachée par violence, ni forcée par les voies de droit. Elle ne serait pas volontaire si elle était entachée de vices qui invalident le consentement, ou si elle n'avait eu lieu qu'à la suite et en exécution d'une poursuite judiciaire ou d'une contrainte légale, ou dans le seul but de s'y soustraire (1).

12. Moyennant le concours de ces différentes conditions, l'exécution volontaire vaut confirmation de l'acte, et en couvre les vices, soit qu'il s'agisse d'une action en nullité ou d'une action en rescision. Les articles 1311 et 1338 ne permettent pas de faire aujourd'hui la distinction proposée par nos anciens auteurs, et reproduite par M. Merlin avant la promulgation du Code Napoléon (2).

Voici en quoi consistait cette distinction : Suivant les principes de la loi romaine, on distinguait entre les actes nuls de plein droit, *ipso jure*, et les actes simplement rescindables. Quant aux premiers, l'exécution volontaire qui leur était donnée en majorité par le mineur emportait ratification complète de sa part. Quant aux derniers, malgré l'exécution qu'il leur avait donnée en majorité, le bénéfice de la restitution en entier lui demeurait encore réservé. La raison de cette différence était prise dans la nature spéciale du vice dont l'acte était infecté. L'acte nul, *ipso jure*, ne pouvant produire par lui-même

(1) TOULLIER, T. 8, nº 512. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 458.— DURANTON, T. 13, nº 282.— Cass., 19 janv. 1830. SIREY, 30, 1, 69.

(2) Quest., vº *Mineur*, § 3.

aucun effet, l'exécution qui lui était volontairement donnée par le mineur devenu majeur ne pouvait avoir d'autre objet que de le confirmer et d'en purger les vices. Au contraire, l'acte simplement rescindable et conséquemment supposé valable en soi, étant susceptible de produire certains effets obligatoires, même pour le mineur, jusqu'à son annulation prononcée, on ne pouvait, dans le doute sur le motif qui le déterminait à exécuter cet acte, interpréter l'exécution volontaire exclusivement dans le sens d'une ratification destinée à couvrir même le vice de lésion. Il semblait qu'on devait alors n'y voir qu'un acte contraint et forcé, que le mineur avait accompli par nécessité, parce qu'il ne pouvait faire mieux ni autrement (1).

Voilà pourquoi la confirmation d'un acte nul de droit pouvait être tacite, tandis que celle d'un acte rescindable ne pouvait être qu'expresse et formelle. Le Code Napoléon a rejeté cette distinction, et avec raison ; car le mineur devenu majeur pouvant également se soustraire à l'exécution de l'acte passé par lui en minorité, tout aussi bien lorsqu'il est sujet à rescision que lorsqu'il est atteint de nullité, l'exécution volontaire qu'il lui donne ne peut raisonnablement s'entendre que dans le sens d'une confirmation destinée à en couvrir les vices, quels qu'ils soient. Il n'y a donc maintenant aucune distinction à faire, dans le fond et dans la forme, entre les actes qui emportent renonciation à l'action en nullité, et ceux qui emportent renonciation à l'action en rescision (2).

43. Quant aux actes d'exécution volontaire, il importe peu qu'il s'agisse d'une exécution totale ou partielle. Ils n'en constituent pas moins une confirmation régulière de l'obligation (3).

Les faits d'exécution desquels peut résulter une confirmation tacite varient d'ailleurs suivant la nature de l'engagement.

(1) MERLIN, *ibid.* — VOET, *ff. De minor.*, n° 44.

(2) TOULLIER, T. 8, nos 510 et 511. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 457.

(3) DURANTON, T. 13, n° 280. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 457. — FAVARD, Rép., vis *Actes recog. et conf.*, § 2, n° 4.

Mais, en général, il y a confirmation tacite de la part de celui qui fait ou prend livraison de la chose, opère ou reçoit payement, fait novation régulière, signifie même un simple commandement (1), accomplit, en un mot, un acte quelconque d'exécution volontaire qui suppose nécessairement en lui la volonté de maintenir l'obligation. Ainsi, il y a confirmation tacite de la part du mineur, lorsqu'il fait en majorité un acte qui n'est que la suite ou la conséquence de celui qu'il a fait en minorité; par exemple, lorsque, dans l'action ou les comptes de tutelle, il poursuit contre son tuteur le payement du prix d'un immeuble indûment aliéné (2); lorsqu'il accepte en majorité une reconnaissance de l'acquéreur portant que la vente, irrégulièrement faite sans formalités, a eu lieu sous faculté de rachat; lorsque le mineur ayant vendu sous faculté de rachat, sans l'accomplissement des formalités voulues, cède en majorité son droit de réméré à un tiers (3).

44. L'exécution volontaire ne s'entend pas ici seulement des actes au moyen desquels une partie accomplit, envers l'autre contractant, tout ou partie des engagements qu'elle s'est imposés. Elle comprend aussi tous les actes de disposition, même consommés envers des tiers, tels qu'une donation, une vente, un échange, un transport, une délégation. De pareils actes constituent également une exécution volontaire de l'obligation; car, ils en supposent nécessairement le maintien, et ce maintien lui-même suppose, de la part de celui qui exécute, l'intention de réparer le vice et de renoncer à toute action en nullité ou en rescision.

Certains actes peuvent même être considérés comme constituant une exécution volontaire, quoiqu'ils soient accomplis par l'obligé seul, sans l'intervention ni le concours de qui que ce soit. Telles sont des constructions, des réparations, et autres œuvres, à titre de propriété, qui supposent la volonté de

(1) Cass., 27 juill. 1829. Sirey, 29, 1, 370.
(2) L. 10, *ff. De reb. cor. qui sub tut. vel curat.*
(3) Merlin, Quest., v° *Mineur*, § 3.

maintenir l'engagement. Mais il en est autrement des simples actes d'administration (1), si aucune autre circonstance ne vient leur attribuer le caractère d'une véritable confirmation tacite; ce qui est abandonné à l'appréciation souveraine des tribunaux.

45. Il importe de ne point assimiler à une exécution consommée les actes par lesquels on manifeste seulement l'intention d'exécuter l'obligation. L'article 1338 exige, en effet, une exécution accomplie; et l'on comprend que les faits qui n'indiquent qu'une intention qui ne s'est point encore réalisée, ont un caractère d'équivoque et d'incertitude qui a dû paraître insuffisant au législateur.

Ainsi, la simple demande d'un délai pour payer ne constitue point un acte suffisant d'exécution (2).

Tels sont encore les effets d'une offre qui n'aurait pas été acceptée, et qu'il serait au pouvoir de celui qui l'a faite de retirer ou de renouveler (3).

Remarquons, au surplus, qu'il convient de ne point confondre avec les actes de confirmation ou de ratification, les faits qui tendent à établir que le vice allégué, par exemple, un vice de consentement, erreur, dol ou violence, n'existe pas. Il ne s'agit plus, en effet, de couvrir et de purger un vice prétendu, mais seulement de prouver que l'obligation n'en est pas entachée. Ce n'est donc qu'une question d'appréciation qu'il appartient aux tribunaux de résoudre, abstraction faite des conditions spéciales et des formes particulières exigées pour les actes proprement dits de confirmation expresse ou tacite.

46. L'article 892 ne fait que confirmer les principes que nous venons de développer. Il dispose que le cohéritier, qui a aliéné son lot en tout ou en partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il

(1) Duranton, t. 13, n° 282.
(2) Zachariæ, t. 2, pag. 458.—Rennes, 8 avril 1835. Sirey, 36, 2, 37.
(3) Zachariæ, *ibid.* — Cass., 8 avril 1835. Sirey, 36, 1, 37.

a faite est postérieure à la découverte du dol ou à la cessation de la violence.

Comme cet article ne parle que du cas de violence ou de dol, c'est une question fort controversée entre les auteurs et dans la jurisprudence que celle de savoir s'il est également applicable à l'action en rescision pour lésion. Les uns (1) pensent que le simple fait d'aliénation rend le copartageant non recevable à agir pour lésion, alors même qu'il a aliéné avant d'avoir acquis la connaissance de la lésion. Les autres veulent, au contraire, que cette connaissance ait été au moins acquise avant l'aliénation (2).

Enfin, les annotateurs de M. Zachariæ (3) pensent que l'article 892 est absolument inapplicable au cas de lésion, alors même qu'elle est connue, parce que l'aliénation que le copartageant fait de tout ou partie de son lot ne constitue pas une exécution proprement dite; qu'en effet, en aliénant en faveur d'un tiers, il n'accomplit, à l'égard de ses cohéritiers, aucune des obligations que l'acte de partage lui impose; que les dispositions de l'article 892 sont donc exceptionnelles, même en ce qui concerne les cas de dol et de violence; qu'on ne saurait les rattacher aux dispositions générales de l'article 1338, et les appliquer, en conséquence, dans les conditions posées par ce dernier article au cas de lésion; qu'enfin, ce vice est d'une nature complexe, d'une appréciation délicate, et dont il est fort difficile d'avoir une connaissance certaine dans toute son étendue. L'aliénation de son lot, de la part d'un copartageant, n'est donc en aucun cas, suivant ces auteurs, ni une confir-

(1) DELVINCOURT, t. 2, pag. 367.—MALPEL, n° 316.—CHABOT, art. 892, n° 2.

(2) DURANTON, t. 7, n° 589. — MERLIN, Rép., v° *Lésion*, § 6. — ZACHARIÆ, t. 4, pag. 419. — BELOST-JOLIMONT, sur Chabot, art. 892. — VAZEILLE, art. 892. — Cass., 24 janv. 1833. SIREY, 33, 1, 209. — Bordeaux, 26 juill. 1838. SIREY, 39, 2, 51. — Nîmes, 22 mars 1839. SIREY, 39, 2, 461. — Agen, 28 mai 1850. SIREY, 51, 2, 177. — Cass., 18 fév. 1851. SIREY, 51, 1, 340.

(3) ZACHARIÆ, t. 4, pag. 419, n^te 32.

mation tacite du partage, ni une renonciation à l'action en rescision pour lésion.

Nous reconnaissons volontiers que l'article 892, par cela même qu'il ne parle que du dol et de la violence, ne s'applique point à la lésion. Mais est-il possible de suppléer son silence par les dispositions de l'article 1338? C'est ce que nous pensons. Il est incontesté que l'exécution volontaire, effectuée en connaissance de cause, répare le vice de lésion comme tout autre. Or, pour répondre tout de suite aux dernières considérations qui sont présentées, nous disons que l'appréciation de cette lésion est la même, soit qu'il s'agisse d'une vente ou d'un partage, soit qu'il s'agisse enfin de tel ou tel acte d'exécution. Pour être conséquent, il faudrait aller jusqu'à dire que le vice de lésion résiste, par sa nature, à toute réparation au moyen d'actes d'exécution volontaire. Que si, à raison de son caractère et des difficultés d'appréciation, les juges doivent se montrer plus sévères quant à la connaissance que la partie qui s'en prétend victime doit avoir de la lésion, il en résulte, non point que le vice ne peut être réparé, mais seulement qu'on n'en doit admettre la réparation par exécution volontaire que lorsqu'il est bien établi qu'il était parfaitement connu, et non vaguement soupçonné, quand les actes d'exécution ont eu lieu.

Toute la question est donc de savoir si le copartageant qui aliène, en connaissance de la lésion, tout ou partie de son lot, fait un acte d'exécution. Et cette question se résume elle-même en celle-ci : Qu'est-ce que l'article 1338 entend par exécution volontaire? Nous l'avons déjà dit (1); il n'entend pas par là seulement les actes par lesquels celui qui exécute accomplit tout ou partie de ses engagements envers l'autre partie, mais encore les actes de disposition et de propriété par lesquels il manifeste, soit unilatéralement, soit isolément, soit contractuellement avec des tiers, l'intention de maintenir et de confirmer l'obligation qu'un vice quelconque soumet à une action en nullité ou en rescision. Cette interprétation rentre

(1) *Suprà*, n° 44.

dans la généralité de ces mots, exécution volontaire ; et ce qui la confirme, c'est, ainsi que nous le verrons bientôt, que les actes de confirmation expresse ou tacite n'exigent point le concours de celui au profit duquel ils ont lieu.

L'aliénation qu'un copartageant consent de tout ou partie de son lot est donc, dans le sens de l'article 1338, un acte d'exécution ; et, dès lors, elle vaut comme confirmation, pourvu qu'elle ait été accomplie sous les conditions déterminées par notre article. Elle réparera donc, suivant les principes du droit commun, non seulement les vices de dol et d'erreur, mais encore ceux de lésion et d'incapacité.

Ainsi l'a décidé la Cour suprême : « Aux termes de l'article 887, C. Nap., les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol, et ils peuvent l'être également pour cause de lésion de plus du quart. Si l'article 892 dispose que le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, lorsque l'aliénation est postérieure à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence, cet article ne s'occupe point du cas où la rescision serait demandée pour cause de lésion ; et, par conséquent, l'action en rescision reste soumise, dans ce cas, aux dispositions du droit commun. Il résulte du rapprochement des diverses dispositions de l'article 1338, C. Nap., que, soit que celui qui pourrait se pourvoir en nullité ou en rescision contre une obligation la ratifie par un acte exprès, soit qu'il l'exécute volontairement, la ratification ou l'exécution volontaire ne peuvent le rendre non recevable dans son action en nullité ou en rescision, qu'autant qu'il est établi qu'il connaissait alors le vice dont l'acte pouvait être infecté, et qu'il est, par suite, réputé avoir voulu le purger de ce vice. L'aliénation pure et simple par un copartageant, de tout ou partie de son lot, ne constitue pas une exécution volontaire du partage, équivalant à une ratification dans le sens de l'article 1338, C. Nap., s'il n'a pas connu, lors de l'aliénation, la lésion dont il se plaint ; et elle ne peut, par conséquent, élever une

fin de non recevoir contre l'action en rescision du partage formée postérieurement (1). »

47. La confirmation, soit expresse, soit tacite, n'a pas besoin, pour être valable, que la partie au profit de laquelle elle a lieu y concoure elle-même. Elle constitue, de la part du confirmant, un acte purement unilatéral, soit qu'il s'agisse d'une nullité relative ou d'une nullité absolue; et cet acte n'a pas besoin d'être accepté expressément. L'autre partie peut incessamment s'en prévaloir, sans qu'elle puisse être révoquée sous le prétexte qu'elle n'a pas été encore acceptée : c'est que celui qui confirme venant joindre son consentement à celui déjà donné par l'autre partie, au moment où l'engagement a été formé, celle-ci est censée avoir donné d'avance son adhésion à la confirmation ou ratification. Ce n'est pas qu'il se forme un nouveau contrat; mais le concours des deux volontés se reporte au temps du contrat primitif, en resserre et en fortifie les liens, sans former, à vrai dire, une convention nouvelle. Voilà pourquoi les actes de confirmation, censés acceptés d'avance, n'ont pas besoin de l'être, et que la renonciation qu'ils impliquent ne peut être rétractée (2).

48. Une obligation peut enfin être valablement confirmée ou ratifiée par acte testamentaire; et cette renonciation à tous moyens de rescision ou de nullité est obligatoire pour les héritiers.

49. La confirmation, ratification ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte, suivant les dispositions de l'article 1338, la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte qui en est l'objet. L'engagement devient inattaquable, comme si jamais il n'avait été entaché d'aucun vice. Tout motif d'ac-

(1) 4 déc. 1850. SIREY, 1851, 1, 179. — *Conf.*, Cass., 9 mai 1855. SIREY, 55, 1, 791.

(2) TOULLIER, T. 8, n° 509, en note. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 458. — MERLIN, Quest., v° *Mineur*, § 3, et v° *Testament*, § 18, n° 1.

tion en nullité ou en rescision étant réparé, l'acte est censé n'en avoir jamais été atteint, et il en résulte que la confirmation expresse ou tacite a un effet rétroactif entre les parties (1).

50. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que la partie qui a confirmé l'acte, tacitement ou expressément, ne puisse plus agir du tout en rescision ou en nullité, en vertu d'une qualité autre que celle qui lui appartenait au moment de la confirmation. Si, depuis, elle a acquis des droits qui l'autorisent à agir en une qualité différente, du chef d'un tiers qui n'a point confirmé ni ratifié, on ne peut lui opposer la confirmation ou exécution volontaire précédemment émanée d'elle. Ces actes ne peuvent nuire à l'exercice des droits acquis par elle postérieurement (2), quelle qu'en soit d'ailleurs l'étendue. Seulement, s'ils sont moins étendus que ceux qui lui appartenaient lorsqu'elle a confirmé ou ratifié, la confirmation ou ratification produira encore effet pour tout ce qu'ils contiennent en moins.

51. L'article 1338 ajoute : sans préjudice, néanmoins, du droit des tiers. Il s'agit de déterminer le sens de cette réserve. Il en résulte évidemment une exception aux dispositions qui précèdent; c'est-à-dire que les tiers peuvent, en cette qualité, opposer tous moyens et exceptions contre l'acte qui a été l'objet d'une confirmation expresse ou tacite, bien que les parties contractantes y aient personnellement renoncé en ce qui les concerne. Ou bien encore on peut dire, en d'autres termes, que la confirmation, ratification et exécution volontaire n'ont point d'effet rétroactif à l'égard et au préjudice des tiers. Mais la question, pour être ainsi nettement posée, n'en est pas mieux résolue, et il reste toujours à expliquer en quels cas et à l'égard de quelles personnes les actes de confirmation ont ou n'ont pas d'effet rétroactif. Or, ce point est l'objet d'une vive controverse dans la jurisprudence et dans la doctrine.

(1) TOULLIER, T. 8, nos 513 et 514. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 458. — DURANTON, T. 13, nos 287 et suiv. — MARCADÉ, art. 1338, no 5.

(2) Cass., 18 août 1840. SIREY, 40, 1, 785.

Parmi les auteurs, les uns distinguent suivant le caractère de la nullité dont était atteint l'acte confirmé ou ratifié. S'agit-il d'une nullité absolue, la confirmation n'a point, suivant eux, d'effet rétroactif. Et, par nullité absolue, ils entendent toute nullité qui peut être proposée indifféremment et également par chacune des parties, soit qu'elle se fonde sur un vice de forme ou sur tout autre vice. Par exemple, un acte de vente est nul quant à la forme; le vendeur le ratifie et confirme. Cette ratification ou confirmation ne fera pas tomber l'hypothèque qu'il m'aura consentie depuis la vente, mais antérieurement à la confirmation, sur les immeubles vendus (1).

S'agit-il, au contraire, d'une nullité relative, la confirmation ou ratification a un effet rétroactif qui remonte au jour même de l'acte. Ainsi, un mineur, une femme mariée consentent une hypothèque en minorité ou sans l'autorisation maritale; plus tard, survient un acte de confirmation donné en majorité ou après la dissolution du mariage. Cet acte a un effet rétroactif qui valide l'hypothèque et lui fait produire effet au préjudice même des tiers auxquels des droits hypothécaires ou autres droits réels ont été transmis dans le temps intermédiaire qui s'est écoulé entre l'acte primordial et l'acte confirmatif (2).

« Inutile d'objecter, dit M. Merlin, la maxime que la ratification ne peut jamais préjudicier à un tiers. Cette maxime n'est vraie que quant à la ratification d'un acte que la loi considère comme non existant, soit parce qu'elle le frappe d'une nullité absolue, par des motifs d'ordre public, soit parce qu'il manque des formes essentiellement constitutives de son existence légale, soit parce qu'il est étranger à la personne qui le ratifie, et qui, par sa ratification, se le rend propre. »

Voici comment les auteurs dont nous exposons la doctrine

(1) Toullier, t. 7, n° 563. — Troplong, *Hyp.*, n° 499. — Merlin, Quest., v° *Hyp.*, § 4, nos 2, 6 et 7.

(2) Merlin, *ibid.* — Troplong, *Hyp.*, nos 493 et suiv. — Toullier, t. 7, nos 564 et 565.

essayent d'établir cette distinction : S'il s'agit d'une nullité absolue, la confirmation ou ratification, disent-ils, ne tire sa force que de l'acte qui la contient. Elle est considérée comme un nouveau titre qui ne produit effet qu'à sa date, et qui, ne pouvant être opposé aux tiers que de ce jour-là, doit recevoir son exécution indépendamment du premier, de telle sorte que les droits acquis à des tiers depuis l'acte nul, mais avant la confirmation ou ratification, continuent de subsister.

Mais lorsque la nullité est simplement relative, elle constitue, en faveur de ceux qui sont admis à s'en prévaloir, plutôt une simple faculté de poursuivre et de faire prononcer l'annulation de l'acte. Comme il n'est point frappé de nullité, et qu'il subsiste par lui-même, l'approbation expresse ou tacite qui lui est donnée plus tard a, comme la prescription de l'action en rescision ou en nullité à laquelle il est soumis, un effet rétroactif qui se reporte naturellement au temps où l'acte a été passé (1).

Ceux qui ont acquis des droits dans le temps intermédiaire, ajoute-t-on, ne pouvant être admis à exercer les droits déjà exercés ou abdiqués par leur débiteur, il s'ensuit que, sauf les cas de fraude, ils sont hors d'état d'exercer une action en rescision ou en nullité à laquelle leur auteur a renoncé. Le premier contrat est ainsi irréfragable à leur égard. Ces raisons sont particulièrement appliquées par les auteurs aux actes faits par les mineurs et les femmes mariées.

A l'appui de cette distinction entre les nullités relatives et les nullités absolues, on invoque diverses autorités empruntées à notre ancienne jurisprudence (2). Elle n'y était cependant pas universellement admise. Ainsi, Basnage (3) dit que c'est une question fort problématique, si le contrat fait par un mi-

(1) Troplong, *ibid.* — Merlin, *ibid.* — Toullier, t. 7, nos 563, 564, 570; t. 8, nos 522 et suiv.

(2) Denisart, v° *Ratification.* — Nouveau Denisart, v° *Hyp.*, § 3, sect. 7. Arrêt du 19 août 1784, qui y est rapporté. — Soulatges, *Hyp.*, pag. 125.

(3) *Hyp.*, ch. 3.

neur, et qu'il a ratifié après sa majorité, a hypothèque du jour qu'il a été passé, ou seulement du jour qu'il a été ratifié. Après avoir développé les raisons qui portent à décider que la confirmation a un effet rétroactif, il ajoute que, dans le sens contraire, on peut dire que cessant la ratification, le contrat ne peut subsister; qu'en effet, le mineur ne voulant point se faire restituer, ses créanciers peuvent, néanmoins, exercer ses actions et demander de leur chef la rescision du contrat. Toutefois, il observe que cette raison serait peu considérable, si le temps accordé pour obtenir le bénéfice de restitution était expiré. Il cite enfin un arrêt rendu le 6 février 1668, en la grand'chambre du parlement de Rouen, qui décida que le créancier n'aurait hypothèque que du jour de la ratification, c'est-à-dire que la ratification n'avait point d'effet rétroactif au préjudice des droits de l'acquéreur des biens antérieurement hypothéqués, en vertu d'un engagement contracté par un mineur, mais ratifié par lui plus tard en majorité.

52. Cherchant à concilier cette jurisprudence avec celle contraire du parlement de Paris, Basnage propose une distinction. Si le mineur est restituable pour lésion ou pour dol, en ce cas, dit-il, la ratification d'un tel contrat ne pourrait avoir un effet rétroactif, parce que le contrat n'étant pas valable à cause de la lésion et du dol, et ne subsistant qu'en vertu de la ratification faite dans les dix années pendant lesquelles la rescision pouvait en être demandée, et ayant pu être annulé cessant la ratification, l'on ne doit pas en faire remonter l'hypothèque au jour du contrat. Mais, dans le cas contraire, si, par exemple, le mineur avait utilement employé les deniers qu'il avait empruntés, en ce cas, comme il ne pourrait demander le bénéfice de restitution, et que, par conséquent, la ratification ne serait point nécessaire pour faire subsister le contrat, ses biens seraient valablement hypothéqués de ce jour-là.

Nous remarquerons, sur cette seconde branche de la distinction de Basnage, qu'elle n'a, dans l'opinion de son auteur

même, aucune espèce de sens et de portée; car elle s'applique précisément à un cas où, suivant lui, le contrat est valable, et où, dès lors, n'y ayant aucune action en rescision ou en nullité à couvrir, on n'a pas à se demander si une confirmation qui est inutile, a ou non un effet rétroactif à l'égard des tiers. La validité même du contrat, dès le principe, écarte une pareille question.

Cependant, M. Duranton (1) a reproduit, sous le Code Napoléon, la distinction de Basnage. Il pense, comme lui, que si le mineur a profité du prêt qui lui a été fait, par exemple, l'hypothèque qu'il a consentie en minorité, étant valable d'après la loi elle-même, a effet du jour où elle a été régulièrement prise, et non du jour de la confirmation ou ratification. Il rattache ainsi la solution de notre question bien moins aux principes de la confirmation ou ratification, qu'aux règles relatives à la capacité des mineurs. Il admet, en effet, que l'hypothèque a été valablement consentie par le mineur, par cela seul qu'il a profité des sommes prêtées, et qu'elle vaut jusqu'à concurrence du profit qu'il en a retiré. Or, c'est en ce point que réside l'erreur de son opinion. Car il résulte manifestement des articles 457, 2124 et 2126, que les mineurs ne peuvent, dans le cas même où ils profitent du contrat, consentir valablement hypothèque sur leurs biens. Ils doivent sans doute tenir compte de ce qui a tourné à leur profit; mais il est si vrai que ce profit réalisé ne fait pas réputer valable l'engagement qu'ils ont contracté, qu'ils doivent n'en tenir compte qu'en conséquence de la rescision ou de la nullité prononcée de leur engagement, conformément à l'article 1312, C. Nap.

Nous avons vu que la jurisprudence du parlement de Rouen était contraire à celle du parlement de Paris. En Bretagne, Duparc-Poullain, cité par M. Toullier (2), pensait aussi que la ratification ou confirmation par laquelle un mineur avait purifié en majorité le contrat par lui fait en minorité, n'avait

(1) T. 13, n° 285; T. 19, nos 344, 347.
(2) T. 7, n° 565.

point d'effet rétroactif au préjudice des tiers qui avaient acquis des droits dans le temps intermédiaire.

53. Revenons aux auteurs qui ont écrit sous le Code Napoléon. Les uns, repoussant la distinction que nous venons de rappeler entre les nullités absolues et les nullités relatives, en proposent une autre fondée sur la nature des actes qui sont en concours. Par exemple, une personne confirme en majorité, ou après la dissolution du mariage, une vente qu'elle avait consentie en minorité sans observer les formes prescrites, ou durant le mariage sans obtenir l'autorisation maritale. Cette confirmation n'aura point d'effet rétroactif, et ne pourra être opposée à un second acquéreur auquel le mineur ou la femme aura transmis régulièrement depuis la première vente, mais avant l'acte de confirmation, les mêmes immeubles qui avaient été déjà aliénés (1).

Que si, au contraire, il s'agit d'une constitution d'hypothèque faite irrégulièrement en état de minorité ou durant le mariage, la confirmation donnée plus tard aurait un effet rétroactif, au préjudice même des créanciers hypothécaires dont le titre a une existence régulière antérieure à la confirmation, mais postérieure à l'acte confirmé. On en donne pour raison qu'un débiteur pouvant hypothéquer les mêmes immeubles au profit de plusieurs créanciers différents, l'hypothèque consentie en majorité ne s'oppose pas à la confirmation de celle qui a été donnée en minorité (2).

D'autres enfin repoussent toute distinction entre les actes contenant aliénation (3) et les actes emportant seulement constitution d'hypothèque (4). Ils pensent que, en aucun cas, la confirmation de l'acte nul ou rescindable n'a d'effet rétroactif, à l'égard des acquéreurs ou autres qui ont acquis des droits réels sur la chose qui faisait l'objet du premier contrat,

(1) Zachariæ, t. 2, pag. 137, n^te^ 10, et pag. 459, n^te^ 31.
(2) Zachariæ, *ibid.* — Paris, 15 déc. 1830. Sirey, 31, 2, 83.
(3) Cass., 16 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 102.
(4) Paris, 23 juill. 1838. Sirey, 39, 2, 5.

avant qu'il fût confirmé ou ratifié (1). Peu importe alors, dans cette opinion que nous n'hésitons pas à suivre, qu'il s'agisse de droits d'hypothèque, d'usufruit, de servitude, de propriété ou autres, pourvu qu'ils constituent des droits réels en faveur des tiers (2).

54. Mais avant de développer les raisons sur lesquelles nous essayerons de la fonder, nous devons dégager la question principale de quelques questions accessoires qui, en venant s'y mêler, pourraient y introduire quelque confusion.

Il est d'abord bien reconnu que si l'engagement qui était dans le principe affecté de quelque vice a été purifié, et est devenu inattaquable par le seul laps du temps pendant lequel la partie obligée devait se pourvoir en nullité ou en rescision, dans ce cas, la confirmation du contrat, ou plutôt la prescription de l'action en rescision ou en nullité, a un effet rétroactif, même à l'égard des tiers, à la date de l'engagement. C'est, en effet, la loi elle-même qui, à l'aide du temps, confirme le contrat, et cette confirmation rétroagit, à l'égard des tiers, comme entre les parties contractantes elles-mêmes. Vainement ils allègueraient que leur débiteur a laissé la prescription s'accomplir à leur préjudice. Il dépendait d'eux d'agir, soit en son lieu et place, pendant le temps fixé pour la prescription (3), soit même de leur chef personnel et en leur nom propre, comme subrogés à l'action en rescision ou en nullité (4). Car, nous nous proposons d'établir que leur auteur, en contractant avec eux avant toute ratification et confirmation de sa part, est censé, par cela même, leur céder implicitement, avec les droits transmis, l'action en nullité ou en rescision qui lui compète ; de telle sorte que désormais la prescription de cette action ne

(1) GRENIER, *Hyp.*, T. 1, nos 42 et suiv. — BATTUR, *Hyp.*, T. 1, n° 160 — MARCADÉ, art. 1338, n° 5.

(2) DURANTON, T. 13, n° 285, et T. 19, n° 344. — MARCADÉ, art. 1338, n° 5.

(3) BASNAGE, *Hyp.*, ch. 3. — DURANTON, T, 19, n° 345. — TROPLONG, *Hyp.*, n° 502. — *Contrà*, GRENIER, *Hyp.*, T. 1, n° 47.

(4) *Infrà*, n° 59.

doit courir et s'accomplir qu'à leur égard personnellement, et sauf toutes causes de suspension et d'interruption de leur chef personnel. Ils auront donc toujours à s'imputer d'avoir laissé la prescription s'acquérir à leur préjudice.

55. Maintenant, voyons quelles personnes la loi entend ici désigner par tiers. Elle entend par ce mot tous ceux qui ne sont ni héritiers, ni successeurs, ni ayants-cause de la partie qui a confirmé ou ratifié l'acte. Car, à leur égard, la confirmation serait opposable comme à l'égard de celui-là même de qui elle émane. Sont donc réputés tiers tous ceux qui ont des droits particuliers et personnels à défendre contre les actes de leur auteur qui pourraient leur faire préjudice.

Les explications que nous avons données sur le sens de cette expression, dans notre commentaire de l'article 1328, reviennent naturellement prendre ici leur place. Il s'ensuit que les simples créanciers chirographaires ne sont point des tiers, mais des ayants-cause qui ne peuvent, dans le cas même où leurs titres ont une date certaine antérieure à l'acte de confirmation, s'opposer à ce que les créanciers hypothécaires, par exemple, dont les titres ont été confirmés, exercent leurs hypothèques à leur préjudice. Ils ne peuvent point demander qu'ils viennent contributoirement et non par préférence. La confirmation de leurs hypothèques produit en faveur des créanciers hypothécaires tous ses effets, comme si elles avaient été valables et régulières dès le principe, non seulement envers le débiteur, mais encore envers ses créanciers chirographaires, qui ne sont que ses ayants-cause (1).

56. La confirmation de l'acte soumis à une action en rescision ou en nullité ne constitue point un titre nouveau. Elle ne fait que lui donner plus de force ou une force qu'il n'avait pas auparavant; ou, mieux encore, elle emporte seulement, suivant les termes de l'article 1338, renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte.

(1) *Contrà*, DURANTON, T. 19, n° 346.

Il en résulte que l'hypothèque confirmée, si elle a été déjà régulièrement inscrite, n'est point assujettie à une nouvelle inscription à prendre en conséquence de l'acte de confirmation ou ratification. Car l'inscription déjà prise n'est pas frappée de nullité en soi, et son annulation n'est que la conséquence de celle dont serait frappé l'acte constitutif de l'hypothèque. La confirmation ou ratification de ce dernier acte assure donc l'efficacité de l'inscription à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs (1).

Il s'ensuit encore que les actes de confirmation qui s'appliquent à une transmission de propriété n'ont pas besoin d'être transcrits, et que, avant la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, le créancier auquel une hypothèque avait été consentie antérieurement ne pouvait désormais, comme s'il s'agissait d'un acte réellement translatif, et s'il ne l'avait déjà fait d'une manière régulière, prendre inscription conformément à l'article 834, C. pr., dans la quinzaine de la transcription de l'acte confirmatif (2).

Sous ce rapport, on peut dire qu'il a un effet rétroactif envers les tiers, en ce sens qu'il se reporte à la date de l'acte confirmé ou ratifié, pour lui donner une force pleine et entière. Mais il faut remarquer que cet effet n'a point lieu, même dans ce cas, au préjudice des tiers qui ont des droits acquis antérieurement à l'acte de confirmation. Ils ne sauraient donc prétendre qu'il rétroagit à leur préjudice.

57. Les actes de confirmation ou de ratification peuvent être opposés aux tiers à qui des droits n'ont été transmis qu'à une date postérieure, sur la chose qui faisait le sujet de l'acte confirmé ou ratifié. Le débiteur ne peut, dès lors, transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même, exactement comme s'il avait, dès le principe, contracté un engagement inattaquable.

Mais pour que cet acte de confirmation leur soit efficacement opposable, il faut qu'il ait une date certaine antérieure,

(1) Cass., 25 nov. 1856. Sirey, 57, 1, 117.
(2) *Contrà*, Toullier, t. 7, n° 563.

conformément aux dispositions de l'article 1328. Car ils sont des tiers contre lesquels on ne peut se prévaloir que d'actes ayant date certaine. Par exemple, un créancier hypothécaire, un acquéreur, auxquels on oppose un acte de confirmation d'une hypothèque ou d'une vente antérieure, peuvent le repousser comme n'ayant point de date certaine antérieure à leurs propres titres. Ils ont en effet intérêt et, conséquemment, droit à assurer le maintien des droits qui leur ont été transmis, et à les défendre contre tous actes par lesquels leur auteur aurait tenté de les restreindre ou de les modifier indûment à leur préjudice.

Mais comme cet acte de confirmation ne contient aucune translation effective de droits, qu'il ne fait qu'opérer l'extinction d'une action en nullité ou en rescision, il est dispensé de la formalité de la transcription établie par la loi du 23 mars 1855 (1).

58. Ces explications données, nous reprenons notre question relative aux effets rétroactifs des actes de confirmation.

En général, les auteurs ne l'ont examinée qu'au point de vue des vices résultant de la capacité. Nous devons la généraliser, et embrasser sous une formule plus étendue tous les vices de capacité, de consentement, de cause, d'objet ou de forme, qui peuvent donner lieu à une action en nullité ou en rescision. Nous supposons donc un acte nul ou rescindable, quel que soit le vice dont il est entaché; et sous ces expressions nous comprenons tous les vices quelconques qui peuvent fonder la nullité ou la rescision d'un engagement. Ce point de vue général, outre qu'il rentre dans les termes et dans l'esprit de l'article 1338, a l'avantage de donner une plus grande portée à la discussion qui va suivre et aux solutions qui en seront la conséquence.

Nous généralisons encore la question sous un autre rapport. En parlant du droit des tiers, nous entendons par là tous droits propres et personnels acquis antérieurement à la confirmation

(1) Troplong, *Transcript.*, n° 131.

ou ratification, tels que des droits de servitude, d'usufruit, d'hypothèque, de propriété, ou autres droits réels, que les tiers auxquels ils ont été transmis peuvent faire valoir et défendre contre les actes par lesquels leur auteur pourrait les modifier, restreindre et anéantir.

Ceci nous conduit à repousser la distinction proposée entre les actes contenant aliénation et ceux emportant constitution d'hypothèque légale, judiciaire ou conventionnelle. Nous rangeons les uns et les autres sur la même ligne. Vainement on dit que celui qui a fait un acte de vente nul ou rescindable, et qui, plus tard, a aliéné en faveur d'un tiers la même chose, avant tout acte de confirmation, s'est ainsi dépouillé du droit de confirmer, au préjudice du second acquéreur, la vente qu'il avait consentie précédemment à un autre; tandis qu'en confirmant l'hypothèque qu'il avait consentie par un acte nul ou rescindable, il ne fait qu'user du droit qui lui appartient d'hypothéquer, autant de fois qu'il lui plaît, le même immeuble au profit de différents créanciers; c'est-à-dire que deux ventes successives s'excluent, qu'elles sont en quelque sorte impénétrables, mais que plusieurs hypothèques peuvent concourir sur la même chose. On en conclut que la confirmation de l'hypothèque rétroagit au préjudice des créanciers qui ont acquis postérieurement à cette hypothèque, mais antérieurement à l'acte de confirmation, des hypothèques sur les mêmes immeubles.

Ces raisons, tirées de ce que le débiteur peut, à son gré, consentir successivement plusieurs hypothèques sur la même chose, et de ce que ces hypothèques peuvent concourir sur leur gage commun, ces raisons nous semblent à peine spécieuses. Elles ne peuvent conduire à la solution de notre question. Qu'importe, en effet, que plusieurs hypothèques, et non plusieurs ventes, puissent concourir sur la même chose? Seulement, il est plus sensible, dans un cas que dans l'autre, que les actes de confirmation ne doivent point avoir d'effet rétroactif au préjudice du droit des tiers. Mais, dans les deux cas, il y a mêmes raisons de repousser cette rétroactivité.

Considérés en eux-mêmes et abstractivement, indépendamment de la nature de l'objet auquel ils s'appliquent, tous droits acquis aux tiers sont égaux et identiques. Peu importe qu'il s'agisse d'un droit de propriété, d'hypothèque ou de tout autre droit réel. De sa nature, le droit est toujours le même entre les mains de celui auquel il a été transmis; et il y a pour celui qui l'a transféré une égale impossibilité de rien faire, après sa transmission, qui en restreigne ou modifie les effets. Telle est, cependant, la distinction que l'on prétend établir entre l'hypothèque et l'aliénation, comme si le tiers auquel une hypothèque a été consentie n'avait pas, comme celui auquel la propriété d'une chose a été transférée, un droit égal, un intérêt égal à protéger et à défendre le maintien des engagements contractés en sa faveur. Envisagée par rapport à la nature essentielle des droits transmis, cette distinction manque donc de base.

Mais les principes mêmes de la loi civile la repoussent formellement. Pour pouvoir hypothéquer, il faut pouvoir aliéner. Or, il résulte de la distinction que nous combattons que l'on pourrait hypothéquer, alors qu'on ne pourrait pas aliéner, puisque le débiteur pourrait confirmer valablement et avec effet rétroactif une hypothèque nulle ou rescindable, tandis qu'il ne pourrait de même, au préjudice des droits des tiers, confirmer un acte d'aliénation. Une semblable théorie nous semble arbitraire et inconséquente.

On ajoute que les créanciers dont l'hypothèque est postérieure ne peuvent prétendre que la confirmation de la première hypothèque préjudicie à leurs droits; qu'ayant été avertis de son existence, ils ont pu et dû s'attendre à ce qu'elle serait confirmée, puisque leur débiteur ne renonçait pas, en leur donnant hypothèque, à la faculté de confirmer le premier engagement. Mais ces considérations laissent toujours la question entière. Car vainement on dit que les créanciers hypothécaires postérieurs ont pu et dû s'attendre à voir confirmer la première hypothèque nulle ou rescindable; il reste encore à établir que cette confirmation, de la possibilité de laquelle

ils étaient prévenus, doit s'accomplir avec effet rétroactif. Ne peut-on pas, au contraire, répondre que, sans doute, ils ont eu connaissance de l'hypothèque antérieure; mais qu'ils ont su en même temps qu'ils pouvaient la faire rescinder ou annuler; que, s'ils ont pu et dû s'attendre à l'éventualité d'un acte de confirmation, ils n'ont pu et dû l'envisager qu'avec la sécurité que leur inspiraient des droits régulièrement acquis, et auxquels leur débiteur ne pouvait désormais porter aucune atteinte? Ainsi se rétorquent les considérations invoquées à l'appui de la rétroactivité de la confirmation ou ratification.

Cette première distinction écartée, nous avons à en réfuter une autre; c'est celle d'après laquelle on range sur une ligne différente les actes entachés d'une nullité absolue et ceux affectés d'une nullité relative. Cette distinction nous paraît elle-même arbitraire et impuissante à résoudre notre question.

Il est bien entendu d'abord que la nullité absolue, dont on s'occupe ici, n'est point une de ces nullités viscérales par suite desquelles l'acte qui en est infecté n'a aucune existence légale, et est réputé inexistant aux yeux de la loi. Nous avons vu que l'effet de semblables nullités était d'empêcher toute confirmation ou ratification de l'acte qui en est atteint. Or, dès l'instant qu'on suppose une confirmation ou ratification, on suppose, par cela même, une nullité qui ne s'oppose point à un pareil acte, tout absolue qu'elle soit. La nullité absolue, dont il est ici question, est donc simplement celle qui, sans rendre impossible toute confirmation ou ratification, est telle, néanmoins, qu'elle peut être invoquée par toutes parties.

Eh bien, nous disons qu'il n'y a, quant aux effets de la confirmation ou ratification envers les tiers, aucune distinction à faire entre les nullités absolues et les nullités relatives. On ne saurait, en effet, la fonder sur les termes de l'article 1338 qui, se bornant à parler d'action en nullité ou en rescision, suppose indifféremment une nullité absolue ou une nullité relative, telle cependant que l'acte qui en est infecté peut être valablement confirmé ou ratifié.

Prétendrait-on la fonder sur la nature particulière de ces

deux actions? Mais alors il faut trouver des raisons générales, communes, et qui ne s'appliquent point seulement au cas d'incapacité personnelle de la femme et du mineur. Et encore celles que l'on donne pour ce cas ne sont-elles point décisives. Il faut, en un mot, poser une théorie qui embrasse toutes les nullités relatives, soit qu'elles se réfèrent à des vices de capacité, de consentement, de cause, d'objet ou de forme. A ce point de vue, une première considération nous touche, c'est que, s'agissant des effets de la confirmation ou ratification à l'égard des tiers, il est indifférent qu'il s'agisse de réparer tel ou tel vice produisant telle ou telle nullité, absolue ou relative, et que le seul point important est de savoir si l'acte est susceptible d'être confirmé et ratifié. On prétend en vain que l'acte fait par le mineur non habilité ou par la femme non autorisée, ne peut être attaqué que par la partie incapable, qu'il subsiste tant qu'il n'a pas été rescindé; que, dès lors, la confirmation qui intervient et le purifie ne fait que mieux assurer pour l'avenir l'existence légale qu'il avait déjà du jour de sa consommation. Il faut, en effet, aller beaucoup plus loin, et dire la même chose de tous les autres cas de nullité relative, tels que ceux de dol, d'erreur, de violence, de lésion, de dotalité, et autres concernant les vices d'objet ou de cause. Or, la question étant posée dans ces termes généraux, qu'importe que l'acte soit entaché d'une nullité absolue ou relative, c'est-à-dire que les deux contractants ou un seul aient le droit de poursuivre la rescision ou la nullité de l'engagement? Il n'en est pas moins vrai que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'acte subsiste tant qu'il n'a pas été rescindé ou annulé, et que, par rapport à celui qui en demande l'annulation, le seul point important est qu'il puisse régulièrement exercer l'action qu'il poursuit, soit qu'elle n'appartienne qu'à lui seul, ou en même temps à son adversaire, qui l'exerce lui-même ou ne l'exerce pas.

Il est bien plus sensible encore que, lorsqu'il intervient un acte régulier de confirmation ou de ratification, il est indifférent de savoir si ce vice, qui est ainsi couvert, produisait une

nullité absolue ou relative. La purification de l'engagement rend oiseuse toute question à cet égard. A plus forte raison, ce point est-il indifférent pour les tiers qui ont acquis des droits de celui qui confirme ou ratifie, pendant le temps intermédiaire qui s'est écoulé entre le premier acte et sa confirmation. Quant à eux, il s'agit uniquement d'apprécier la nature des droits qui leur ont été transférés, de voir s'ils constituent des droits acquis, et si leur auteur a pu, par un acte ultérieur de confirmation, y porter une atteinte quelconque.

Notre question se trouve ainsi ramenée dans les termes généraux des règles relatives à la transmission des droits. Nous retombons sous l'application de la maxime, que nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même. Voici comment: J'ai contracté un engagement nul ou rescindable; plus tard, je transmets à un tiers des droits sur la chose qui a fait le sujet du premier engagement que je ratifie et confirme après avoir fait ce second acte. Nous disons que cet acte intermédiaire empêche dorénavant toute ratification ultérieure au préjudice des droits qu'il a eu pour effet de transférer à un tiers. La confirmation ou ratification n'aura lieu que sans préjudice de ses droits acquis. En effet, lorsque j'ai contracté avec ce tiers, je me suis engagé à faire produire au contrat tous les effets qu'il était dans sa nature de produire; je me suis obligé à en assurer l'exécution, sans que je puisse, par aucun acte postérieur, l'empêcher ni la restreindre. Or, cet acte ne peut recevoir son plein et entier effet que moyennant la nullité ou la rescision du premier engagement. Je me suis donc obligé, par la seule force du contrat que j'ai passé avec le tiers, à ne point confirmer le premier acte nul ou rescindable; c'est-à-dire à ne point renoncer aux moyens et exceptions qui pouvaient être invoqués. Autrement, je contreviendrais à l'obligation que je me suis imposée de droit de le garantir contre mes faits personnels. Je l'ai mis ainsi virtuellement en mon lieu et place, et il a accepté lui-même cette subrogation, en ce qui concerne l'action en nullité ou en rescision à laquelle est soumis le premier engagement.

Alors donc qu'après avoir ainsi transmis à un tiers des droits qui lui sont légalement acquis, je confirme ou ratifie la première obligation, je ne puis lui donner plus de force qu'il ne m'appartient de lui en attribuer, au préjudice des droits que j'ai déjà transférés à ce tiers. Autrement, il dépendrait de moi-même de restreindre ou d'anéantir, par mon propre fait, les effets de l'obligation que j'ai contractée envers lui. Je suis exactement dans la même situation que celui qui, après avoir transféré des droits à une personne, voudrait transmettre à un autre tout ou partie des mêmes droits. Car, dans notre hypothèse, confirmer une obligation antérieure nulle ou rescindable, c'est assurer au créancier prétendu des droits qu'il n'avait pas auparavant, et, conséquemment, lui en transmettre. Or, cette confirmation, si elle était opposable au tiers qui a acquis des droits sur la même chose, dans le temps intermédiaire, aurait pour effet de dépouiller ce tiers du droit d'exercer l'action en rescision ou en nullité qui lui a été virtuellement cédée, au moins jusqu'à concurrence des droits qui lui ont été transmis par le second contrat.

C'est ce que la Cour de cassation a parfaitement bien dit dans son arrêt du 16 janvier 1837 (1) : « A la vérité, dit-elle, le mineur peut, après sa majorité, ratifier la vente qu'il a consentie en minorité, et la ratification a pour effet d'effacer le vice de la vente et de consolider la propriété vendue entre les mains de l'acquéreur. Mais l'article 1338, qui proclame ces principes, déclare en même temps que la ratification ne peut nuire aux droits des tiers. Celui qui a acheté du mineur devenu majeur, et avant la ratification d'une première vente nulle pour cause de minorité de son vendeur, a acquis un droit de propriété qu'il peut personnellement faire valoir, parce que, relativement à ce droit, il ne s'identifie pas à son vendeur, mais est un tiers au préjudice duquel celui-ci n'a pu faire aucun acte ni consentir aucune ratification. »

Ce point est surtout d'une vérité plus manifeste lorsque les

(1) SIREY, 37, 1, 102.

droits qu'on prétend exercer concurremment, s'excluent l'un l'autre et sont incompatibles, comme lorsqu'il s'agit de droits de propriété, d'usufruit ou de servitude. Mais, en matière d'hypothèques, le même principe, pour être d'une vérité moins flagrante, ne nous paraît pas moins incontestable. Nous en avons déjà dit quelque chose quand nous avons repoussé plus haut une distinction que nous avons qualifiée d'arbitraire et d'inconséquente. Nous n'avons à ajouter que peu de mots.

On dit que le débiteur peut constituer successivement sur la même chose autant d'hypothèques qu'il lui plait, au profit de différents créanciers; que, conséquemment, il peut valablement ratifier, au préjudice des créanciers postérieurs, l'hypothèque consentie précédemment en vertu d'un acte nul ou rescindable. Ici revient encore la question de savoir si le débiteur peut, après avoir transmis des droits à un tiers, conférer à un autre plus de droits qu'il n'en a lui-même. Or, en consentant, dans le temps intermédiaire, une hypothèque à un tiers, il lui transmet sur la chose des droits tout aussi réels, quoique d'une autre nature, que s'il consentait une vente de la même chose en sa faveur. Le créancier a intérêt à assurer l'efficacité de son titre hypothécaire, de même que l'acquéreur l'entière exécution de son achat. Il s'est donc fait virtuellement céder par son débiteur, comme l'acquéreur par son vendeur, l'action en nullité ou en rescision qui lui compétait contre des engagements antérieurs, dont l'exécution et le maintien auraient pour effet de réduire ou de modifier d'une manière préjudiciable les droits qui lui ont été transmis. Le créancier peut en conséquence, et nonobstant toute renonciation ultérieure de son débiteur, exercer, à l'encontre du créancier qui prétend avoir une hypothèque préférable à la sienne, l'action en rescision ou en nullité qui lui a été virtuellement et implicitement cédée, comme étant comprise dans les droits qui lui ont été transmis.

On objecte enfin (1) qu'il est trop absurde de dire, par exem-

(1) TROPLONG, *Hyp.*, nº 494. — MERLIN, Quest., vº *Hypothèques*, § 4, nº 7.

ple, que le mineur devenu majeur ne peut, par son fait, priver ses créanciers du droit d'exercer à sa place l'action en nullité; qu'il résulterait de ce système qu'un débiteur ne pourrait jamais user de ses droits, sans consulter la masse de ses créanciers; que ceux-ci n'ont plus la faculté d'exercer les droits de leur débiteur, lorsque ces droits ont cessé d'exister en sa personne et par son fait.

Cette objection serait fondée si les tiers qui ont acquis des droits, dans le temps intermédiaire, en étaient réduits à agir en vertu de l'article 1166, comme exerçant les droits de leur débiteur, en son nom, en son lieu et place. Mais là est précisément l'erreur. Ils exercent en effet, en leur nom propre et personnel, l'action en rescision ou en nullité comme leur ayant été cédée par leur débiteur. N'est-il pas juste, dès lors, que ce dernier ne puisse leur enlever, par son propre fait, la faculté de l'exercer, ni consentir, dans la mesure de la cession qui en a été faite en leur faveur, aucune renonciation au préjudice de leurs droits? Telle est la première et immédiate conséquence des engagements qu'il a contractés envers eux; la seconde conséquence est que ces créanciers qui ont acquis des droits après l'acte confirmé ou ratifié, mais avant sa confirmation ou ratification, peuvent, dans leurs rapports avec ceux qui prétendent les primer ou les exclure, faire valoir contre les prétentions de ces derniers tous moyens et exceptions capables d'assurer le maintien et l'efficacité des droits qui leur ont été transférés.

59. Du reste, les tiers, comme cessionnaires de l'action en nullité ou en rescision, doivent l'exercer dans le temps où leur auteur aurait dû l'exercer lui-même, conformément aux dispositions générales de l'article 1304, ou autres dispositions particulières qui la soumettent à une prescription plus longue ou abrégée.

Mais, comme la confirmation ou ratification émanée du débiteur ne peut leur être opposée; qu'à leur égard elle est réputée non avenue, et que la partie qui se prévaut contre eux

du premier engagement qui est nul ou rescindable n'a à invoquer vis-à-vis d'eux que le moyen de la prescription, indépendamment de tout acte de confirmation ou ratification, lequel leur est étranger, ils peuvent opposer eux-mêmes toutes suspensions ou interruptions de la prescription, de leur chef personnel, bien que, du chef de leur débiteur, elles ne puissent pas être proposées.

60. Quant à la ratification donnée dans les termes de l'article 1998, elle a, comme la confirmation dont nous venons de parler, des effets rétroactifs. *Dicendum est, hoc ipso quod ratum habet, valuisse eum retrocurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit* (1); il faut reconnaître que, par cela même qu'on ratifie, on a l'intention de faire rétroagir la ratification au temps du contrat. Elle équivaut, en effet, à un mandat; *rati enim habitio mandato æquiparatur* (2).

Mais cette rétroactivité n'a lieu qu'entre les parties. Elle ne peut préjudicier aux droits des tiers. Ainsi, ne leur est point opposable la ratification donnée par le véritable propriétaire à l'hypothèque, ou à la vente consentie par un tiers étranger sans qualité ni mandat. Il ne peut, en les ratifiant, leur donner un effet rétroactif au préjudice des droits qu'il aurait transmis à des tiers avant sa ratification (3). C'est en ce sens qu'il faut entendre la fameuse maxime de Barthole (4) : *Actus medius interveniens impedit ratihabitionem trahi retro in præjudicium tertii cui jus intermedio tempore quæsitum fuit;* tout acte qui intervient ultérieurement empêche la ratification de produire un effet rétroactif au préjudice du tiers qui a acquis des droits durant le temps intermédiaire.

La loi du 23 mars 1855 sur la transcription, nécessite, de notre part, une observation importante. D'une part, la ratifi-

(1) L. 16, *ff. De pignor. et hyp.*

(2) L. 12, § 4, *ff. De solut.*

(3) TROPLONG, *Hyp.*, n° 496; *Mandat*, n° 620. — DURANTON, t. 13, n° 286.

(4) *In leg.*, 16. *Si indeb.*, § 1. *Si procur.*, *ff. Rem ratam haberi.*

cation ou confirmation de l'acte n'aura d'effet rétroactif, à l'égard de la partie qui s'en prévaut, que tout autant que cette rétroactivité s'appuiera elle-même sur l'accomplissement de la formalité de la transcription, dans les cas où elle est exigée pour que l'acte ratifié soit opposable aux tiers. D'autre part, si la ratification ou confirmation ne doit avoir lieu que sans préjudice du droit des tiers, il faut toujours supposer que ces tiers ont eux-mêmes déjà régulièrement acquis ou conservé leurs droits, par la transcription ou l'accomplissement des formalités auxquelles leur acte était assujetti (1).

Mais, à la différence des actes ordinaires de confirmation, l'acte de ratification que nous supposons ici donnée aux engagements pris par un gérant officieux, agissant sans mandat ou en dehors de son mandat, cet acte doit être lui-même transcrit, indépendamment de la transcription qu'auraient pu recevoir les contrats ratifiés. C'est que, en effet, la ratification seule complète et purifie ces contrats. Jusque-là, le tiers n'a pas contracté, ne s'est pas engagé. Par la ratification qu'il donne, il aliène en réalité, et, bien qu'elle produise des effets rétroactifs, elle n'en est pas moins, de sa part, le premier acte qui le dépouille, en consacrant un état de choses auquel, jusque-là, il était resté étranger. Il importe donc, dans l'intérêt des tiers, de fixer par la publicité de la transcription le moment où, après avoir ratifié, il cesse de pouvoir disposer de sa chose (2).

Il s'ensuit que les faits de ratification tacite ne sont pas opposables aux tiers, puisqu'ils ne sont pas des actes susceptibles de transcription.

61. Il est une sorte de confirmation ou ratification dont nous avons parlé sous l'article 1291 (3), dans ses rapports avec la compensation ; c'est celle qui résulte du concours, dans les mêmes mains, de droits et d'obligations contradic-

(1) TROPLONG, *Transcript.*, nos 55, 174.
(2) TROPLONG, *Transcript.*, nos 129 et 130.
(3) Nos 30 et suiv.

toires, et dont la formule se trouve dans cette maxime : *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*, que nous traduisons ainsi : Qui doit garantir ne peut évincer.

Elle suppose une personne contractant sur la chose d'autrui, et, plus tard, le véritable propriétaire transmettant ses droits au promettant, ou ce dernier transmettant ses obligations au véritable propriétaire. L'acceptation de ces droits ou obligations équipolle à une ratification expresse. Il est incontestable, en effet, que le véritable propriétaire peut ratifier, par exemple, la vente de sa propriété. En succédant d'une façon quelconque aux obligations du vendeur, comme cette transmission suppose son acceptation, il se met dans l'impossibilité de revendiquer, comme propriétaire, ce qu'il doit garantir comme vendeur. De même, quand le vendeur succède aux droits du propriétaire véritable, soit par adition d'hérédité, soit par acquisition subséquente, la nullité de la vente est purgée d'elle-même. Telle est la conséquence de l'impossibilité où il est de faire valoir ses droits de propriétaire, en contradiction avec ses obligations de vendeur. Voilà en quoi consiste cette espèce de confirmation ou ratification.

Au lieu d'une vente, nous pouvons supposer la concession d'une hypothèque, d'un usufruit, d'un bail, d'une servitude ou de tout autre droit réel.

Comme la confirmation ou ratification proprement dite, cette espèce de confirmation a un effet rétroactif; et cette rétroactivité a lieu envers les tiers auxquels ont été transmis les droits qui, plus tard, ont été consolidés, du jour même où le promettant est devenu propriétaire de la chose. L'inefficacité de l'acte ayant été purgée dès cet instant, celui-ci n'a pu transférer ultérieurement à d'autres des droits au préjudice de ceux antérieurement acquis. Ainsi, le premier acquéreur, preneur ou créancier hypothécaire est préféré aux derniers en date, parce qu'il n'a pu leur être transféré alors plus de droits que n'en avait le promettant (1).

(1) Merlin, Quest., v° *Hyp.*, § 4 *bis*, n° 6.—Troplong, *Hyp.*, n° 525.

Mais cette confirmation n'a d'effet rétroactif qu'entre les parties, leurs héritiers, successeurs ou ayants-cause. Les tiers auxquels le véritable propriétaire aura transmis des droits dans le temps intermédiaire, n'auront, en conséquence, à souffrir aucune éviction, aucune préférence de la part de ceux qui, antérieurement à eux, mais avant la confirmation, ont stipulé du non propriétaire.

Par exemple, Paul est acquéreur, preneur, créancier hypothécaire du propriétaire véritable, mais à une date postérieure à celle où Titius a acquis d'un non propriétaire des droits sur la même chose. Il n'aura pas à en redouter la concurrence, si le non propriétaire duquel Titius tient ses droits n'a acquis que plus tard la propriété. Paul est, en effet, un tiers auquel la confirmation des droits de Titius ne peut préjudicier, soit que le véritable propriétaire ratifie, parce qu'alors il ne peut revenir contre ses propres engagements, soit que le contrat se consolide par l'exception de garantie, parce que le non propriétaire, dont Paul n'est point l'ayant-cause, ne peut l'obliger par ses faits personnels (1).

Article 1339.

Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale.

Article 1340.

La confirmation, ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants-cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception.

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 526.

Sommaire.

1. Il ne s'agit ici que des vices de forme.
2. L'article 1339 s'applique à la confirmation expresse ou tacite.
3. Ce que c'est que refaire la donation en la forme légale.
4. L'article ne s'applique qu'aux actes de donation.
5. Des actes d'exécution constituant un don manuel.
6. Leurs effets. Conséquences.
7. Des actes emportant novation.
8. Confirmation par disposition testamentaire.
9. Observation générale. Il n'y a point alors d'effet rétroactif.
10. Des vices autres que les vices de forme.
11. L'article 1339 ne s'applique qu'aux contrats de donation.
12. Le donataire peut confirmer la donation.
13. Les héritiers et ayants-cause du donateur ne le peuvent qu'après son décès.
14. Sens des mots, héritiers et ayants-cause.
15. La confirmation qui émane d'eux est soumise aux règles ordinaires.
16. Ils peuvent confirmer tous vices, même autres que ceux de forme. Exemples.
17. Confirmation et ratification des substitutions prohibées.
18. Des dispositions testamentaires nulles, réductibles ou révocables. Exemples.
19. Alors elle a besoin d'être acceptée.
20. Elle n'oblige que celui de qui elle émane.
21. Les actes de confirmation ne sont point des libéralités.

COMMENTAIRE.

1. Par exception aux dispositions de l'article 1338, l'article 1339 dispose que le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs.

Mais de quels vices s'agit-il? Les dispositions suivantes du même article le font suffisamment comprendre : « Nulle en la forme, il faut qu'elle (la donation) soit refaite en la forme légale. » L'exception ne s'applique donc qu'aux vices de forme. Ils sont les seuls qui ne peuvent être réparés par aucun acte confirmatif; et il est indifférent qu'il s'agisse de vices résultant de l'inobservation des formes spécialement tracées par le Code Napoléon pour la validité des donations, ou de l'accomplisse-

ment des formes généralement prescrites par la loi du 25 ventôse an XI pour la régularité des actes notariés (1).

La faculté de donner, comme celle de tester, est en effet subordonnée dans son exercice à l'observation des formalités que la loi impose. La forme est ainsi de l'essence même de la donation, et les lois en soutiennent les dispositions, non par la seule force de la volonté du donateur, de quelque manière qu'elle soit établie, mais par la constatation qui en est régulièrement faite suivant les solennités qu'elles prescrivent.

L'exception ne s'applique point, en conséquence, aux autres vices qui ne constituent point des vices de forme. S'agit-il, par exemple, de vices de capacité ou de consentement, on rentre pleinement sous l'application de l'article 1338, et le vice de la donation peut être réparé, comme s'il s'agissait de tout autre acte, par une confirmation expresse ou tacite (2).

2. L'article 1339 ne prohibe pas seulement tout acte de confirmation expresse; il déclare également impossible toute confirmation tacite. Ces expressions, acte confirmatif, sont en effet générales; et, en exigeant que la donation soit refaite en la forme légale, il indique très clairement qu'aucune espèce de confirmation ne peut lui communiquer une valeur qu'elle n'a pas. Toute espèce de doute disparaît enfin si l'on rapproche l'article 1339 de l'article 1340, qui, en posant une exception au premier, parle expressément de confirmation, ratification ou exécution volontaire (3). Ainsi, le donateur n'est pas lié par de semblables actes, et ses héritiers, en cette qualité, ne le sont pas plus que lui.

3. Refaire la donation dans la forme légale, c'est en refaire

(1) Zachariæ, t. 2, pag. 453, n[te] 9.

(2) Zachariæ, *ibid.* — Duranton, t. 13, n° 294.

(3) Duranton, t. 8, n° 389, et t. 13, n° 292. — Zachariæ, t. 2, pag. 453, n[te] 10. — Merlin, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 5. — Troplong, *Donat.*, n° 1064. — Cass., 6 juin 1821. Sirey, 23, 1, 41. — Bourges, 30 août 1831. Sirey, 32, 2, 111. — *Contrà*, Toullier, t. 5, n° 189, et t. 8, n° 526.

l'acte, le premier étant nul et non avenu, conformément aux dispositions des articles 931 et suivants du Code Napoléon, combinées avec celles de la loi du 25 ventôse an XI.

4. Notre article n'est applicable qu'aux actes de donation proprement dits. Il cesse de l'être lorsque l'acte, quoique contenant une libéralité, n'est cependant soumis à aucune des formes exigées pour la validité d'une donation. Il peut alors être valablement confirmé par le prétendu donateur. L'efficacité de la confirmation, dans ce cas, résulte des raisons mêmes qui ont fait édicter l'article 1339. Si, en effet, le donateur ne peut confirmer sa donation nulle en la forme, c'est que la loi la soumet, à peine de nullité, à certaines conditions de forme particulières. Or, si ces formes n'ont pas été observées, le vice qui en résulte ne saurait être réparé par une confirmation dans laquelle il se continue, soit qu'elle soit expresse ou tacite. Le vice n'est donc purgé et couvert que lorsque l'acte de confirmation a été fait lui-même conformément aux conditions de forme prescrites pour les donations, c'est-à-dire, en réalité, lorsque la donation a été refaite en la forme légale. Alors au contraire que l'acte de libéralité est valable sans les formes spécialement exigées pour les donations proprement dites, les actes de confirmation expresse ou tacite, faits dans la forme ordinaire, suffisent pour en couvrir les vices et en assurer la validité.

5. S'agissant même d'une donation proprement dite, les actes d'exécution peuvent produire effet, lorsque la validité de la donation n'est point subordonnée aux formes spécialement prescrites pour les donations (1). Ainsi, lorsque la donation comprend des meubles corporels susceptibles de faire la matière d'un don manuel, l'exécution volontaire de cet acte, de la part du donateur, peut en réparer les vices de forme ou autres indistinctement. Mais ce point mérite explication.

(1) DURANTON, t. 8, n[os] 390 et suiv., et t. 13, n° 293. — ZACHARIÆ, t. 2, pag. 154, n[te] 11. — DELVINCOURT, t. 2, pag. 255.

Remarquons d'abord que nous ne parlons que de la confirmation tacite ; car une confirmation expresse serait impuissante pour couvrir les vices de forme, et n'empêcherait pas qu'il n'y eût nécessité de refaire, d'après l'article 1339, la donation en la forme légale. Quant à l'exécution volontaire, à vrai dire, elle ne couvre point les vices de forme ; et, si la donation vaut, c'est moins parce que les vices ont été réparés, que parce que les actes d'exécution valent donation manuelle, et refont ainsi la donation sous une forme différente, mais légale. Il faudra donc que ces actes d'exécution volontaire réunissent tous les caractères voulus pour constituer un don manuel proprement dit, puisqu'ils ne produisent effet qu'à ce titre. Ils doivent, en un mot, être accomplis, de la part du donateur, avec esprit de libéralité, *animo donandi;* ce que les juges sont appelés à apprécier d'après les circonstances.

6. Mais, de ce que les actes d'exécution ne valent que comme don manuel, il s'ensuit qu'ils ne produisent effet que jusqu'à concurrence des choses qui ont fait le sujet de cette exécution volontaire. Le donataire peut bien s'en autoriser pour garder et retenir les choses qui lui ont été remises et livrées, comme lui ayant été données manuellement ; mais il ne peut s'en prévaloir pour exiger le payement ou la délivrance des autres objets compris dans la donation. Telle est la conséquence de la combinaison de ce double principe : d'une part, que l'exécution volontaire ne répare pas les vices de forme d'une donation, et, d'autre part, qu'elle peut valoir néanmoins comme don manuel (1).

Sous ce rapport, la confirmation tacite a plus d'efficacité que la confirmation expresse non suivie d'exécution.

7. Cependant, la confirmation expresse peut avoir elle-même une valeur dont l'autre n'est point susceptible. C'est ce qui a lieu lorsque, sous forme d'une confirmation ou ratification d'une donation antérieure, le donateur et le donataire substi-

(1) DURANTON, *ibid.*

tuent à cet acte un autre acte qui la transforme par voie de novation, et la déguise sous les apparences d'une convention, dont la validité est indépendante des formes particulières aux donations proprement dites. La donation vaut alors sous ce déguisement et cette transformation. Mais observons encore que, dans ce cas, il n'y a pas en réalité confirmation, réparation du vice, mais renouvellement de la donation en un acte différent et parfaitement légal. Aussi, cet acte ne vaut-il que pour les choses qui en ont fait le sujet, tandis que, s'il produisait confirmation, ce serait la donation qui vaudrait pour tout son contenu. Ces observations ne font que consacrer de plus en plus l'application rigoureuse de l'article 1339.

8. Non seulement le donateur peut assurer l'efficacité de sa donation par un acte entre vifs emportant novation (1), mais il peut aussi, par voie de dispositions testamentaires, lui attribuer le caractère et les effets d'un simple legs. Ce droit ne saurait être contesté. Mais alors ce n'est pas la donation qui vaut comme telle ; le legs seul produit effet, comme disposition de volonté dernière.

9. Nous devons clore les explications qui précèdent par une observation générale. Dans les divers cas où la donation, nulle pour vice de forme, reçoit néanmoins une exécution totale ou partielle, soit comme don manuel, soit par suite d'une novation, ou de transformation en un autre acte, cette exécution ne peut se rattacher à aucune confirmation proprement dite, et, dès lors, il ne peut être question, même entre les parties, des effets rétroactifs d'une prétendue confirmation qui n'existe pas.

10. Quant aux autres vices qui soumettent une donation à une action en nullité ou en rescision, nous avons vu que, à la différence des vices de forme, ils peuvent être réparés par le donateur, au moyen d'une confirmation expresse ou tacite.

(1) Cass., 23 mai 1822. SIREY, 23, 1, 255.

Nous ajoutons ici seulement que cette confirmation, quelle qu'elle soit, doit avoir lieu, pour être valable, conformément aux règles générales posées par l'article 1338, et qu'elle produit des effets rétroactifs, sans préjudice néanmoins du droit des tiers.

11. Les dispositions de l'article 1339 sont spéciales aux contrats de donation. Elles ont un caractère exceptionnel qui ne permet pas de les étendre aux autres contrats, pour la validité desquels la loi exige l'accomplissement de certaines formes particulières. Quant à eux, les vices de forme qui les entachent sont susceptibles de confirmation expresse ou tacite, suivant les principes du droit commun (1).

12. Les dispositions de l'article 1339 sont enfin doublement exceptionnelles en ce qui concerne la personne du donateur. Ainsi, d'abord, il est le seul qui ne puisse réparer par aucun acte confirmatif les vices de forme de sa donation. Le donataire peut, au contraire, valablement la confirmer expressément ou tacitement, comme s'il s'agissait d'un contrat ordinaire. En exécutant volontairement les charges de la donation, il se rend donc non recevable à l'attaquer personnellement plus tard, soit pour vice de forme, soit pour tout autre vice. Cette inégalité de position, entre le donateur et le donataire, résulte du silence que l'article 1339 garde à l'égard de ce dernier. Et, si l'on veut l'explication de ce silence, il est facile de la trouver dans le caractère spécial des obligations gratuites que contracte le donateur. Comme la loi a stipulé, dans son intérêt personnel exclusivement, la protection qu'elle fait résulter pour lui de l'observation de toutes les formes prescrites pour la validité des donations, elle serait inconséquente si elle l'en dépouillait elle-même, en lui permettant d'éluder ces formes protectrices.

13. L'article 1339 est encore exceptionnel quant à la per-

(1) Duranton, t. 13, n° 272. — Zachariæ, t. 2, pag. 454, n^te 12.

sonne du donateur, en ce qu'il ne s'applique qu'à lui, et non à ses héritiers. L'article 1340 est, en effet, ainsi conçu : « La confirmation, ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants-cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception. » Et cette disposition peut s'expliquer, au besoin, par cette considération, que lorsqu'ils confirment, ratifient ou exécutent volontairement une pareille donation, après le décès du donateur, ils ne le font que par respect pour sa mémoire et pour sa volonté, quoique illégalement exprimée.

Mais ces actes de confirmation doivent nécessairement, pour être valables, avoir lieu après la mort du donateur. Vainement ses héritiers essayeraient-ils de confirmer la donation pendant sa vie. Cette confirmation anticipée serait nulle, comme contenant un traité ou pacte sur succession future, alors même qu'elle aurait été donnée avec le consentement du donateur (1). Elle aurait elle-même besoin d'être confirmée ou ratifiée après sa mort.

14. Ces mots, héritiers et ayants-cause, comprennent tous successeurs quelconques, à titre général ou singulier, tels que les héritiers proprement dits, les successeurs à titre régulier ou irrégulier, universel ou particulier, légataires et autres successeurs, par actes de dispositions testamentaires, représentant le donateur. Quant à ces héritiers et ayants-cause, quelque soit l'acte confirmatif émané d'eux en cette qualité, du vivant du donateur, il ne peut leur être jamais opposé. Il serait autrement un moyen détourné d'éluder l'article 1130.

Mais cette expression d'ayants-cause ne saurait s'appliquer aux successeurs particuliers, par actes entre vifs, tels qu'un acquéreur, un échangiste, un donataire de biens présents.

(1) TOULLIER, T. 8, n° 526. — DURANTON, T. 13, n° 291. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 454, n^te 13. — FAVARD, Rép., v^is *Acte récogn. et confirm.*, § 2, n° 7. — Cass., 6 janv. 1838. SIREY, 38, 1, 646. — 31 janv. 1844. SIREY, 44, 1, 368. — 5 janv. 1846. SIREY, 46, 1, 122.

S'ils confirment ou ratifient, d'une manière expresse ou tacite, du vivant même du donateur, la donation consentie par ce dernier et entachée d'un vice de forme, cet acte de confirmation leur est opposable et emporte renonciation, de leur part, à l'action en nullité. Il ne s'agit plus en effet, dans ce cas, de la confirmation ou ratification dont s'occupe l'article 1338, mais bien de la ratification prévue par l'article 1998, de celle qui est donnée par une personne aux actes qui ont été faits par un tiers sans mandat ni pouvoir. Or, rien n'empêche les tiers qui ont des droits acquis sur la chose qui fait le sujet d'une donation nulle en la forme, de ratifier cette donation, conformément aux dispositions de l'article 1998, comme fait le véritable propriétaire pour les actes qui ont été consentis sur sa propre chose par un tiers qui n'avait ni propriété ni mandat.

Ajoutons que, si les dispositions de l'article 1340 se rattachent à la nullité des traités faits sur une succession future, cette considération échappe complètement dans notre hypothèse. Nouvelle preuve que cet article doit rester sans application, par exemple, dans le cas où, étant acquéreur ou donataire de la chose qui fait le sujet de la donation nulle en la forme, je ratifie ou confirme, par un acte exprès ou par une exécution volontaire, cette même donation, à la nullité de laquelle est, néanmoins, subordonnée l'efficacité des droits qui m'ont été transmis à une date, soit antérieure, soit postérieure. Le donataire, si je prétendais attaquer son titre, pourrait m'opposer ma ratification.

15. Les actes de confirmation expresse ou tacite, émanés des héritiers ou ayants-cause du donateur, sont, au surplus, soumis aux règles générales déterminées par l'article 1338, et produisent les mêmes effets que ceux qui s'appliquent à des contrats autres que des actes de donation.

Ils doivent donc avoir lieu en connaissance du vice de forme (1), et avec l'intention de le réparer.

(1) Cass., 31 janv. 1844. Sirey, 44, 1, 368.

Ils emportent enfin, lorsqu'ils sont valables et réguliers, renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte, sans préjudice, toutefois, du droit des tiers.

Quant aux faits d'exécution volontaire qui peuvent établir une confirmation de l'acte, il ne faut point considérer comme légalement suffisants la seule connaissance de la donation et le silence des parties intéressées, indépendamment de tous actes formels et positifs d'exécution volontaire (1), ni même la possession continuée par chacun des copartageants du lot qui lui est échu dans un partage entre vifs, fait par acte sous seing privé et nul à ce titre, à moins que cette possession n'ait duré, après le décès du donateur, le temps nécessaire pour accomplir la prescription de trente ans (2), ou que les autres faits et circonstances de la cause n'établissent que, de la part des héritiers du donateur, il y a eu intention formelle d'exécuter et de purifier par là l'acte de donation et de partage.

16. En reconnaissant aux héritiers et ayants-cause du donateur la faculté de confirmer expressément ou tacitement une donation, l'article 1340 suppose que le vice de forme ou autre qui l'infecte, est de nature à ouvrir une action en nullité en faveur du donateur lui-même. C'est là sans doute la première hypothèse prévue par notre article; car elle se rattache aux dispositions de l'article 1339. Mais elle n'est point la seule, et les termes généraux dans lesquels est conçu l'article 1340 lui donnent une portée plus étendue.

Les héritiers et ayants-cause du donateur peuvent réparer non seulement les vices de forme et autres, quels qu'ils soient, même le défaut d'acceptation (3), qui ouvraient une action en nullité en faveur de leur auteur, mais encore ceux qui les autorisent à attaquer la donation de leur chef personnel. Tel est le sens de ses dispositions, quand il déclare que la confirmation expresse ou tacite emporte, de leur part, renonciation à

(1) Cass., 12 juin 1839. SIREY, 39, 1, 659.
(2) Cass., 5 janv. 1846. SIREY, 46, 1, 122.
(3) Bastia, 10 avril 1854. SIREY, 54, 2, 236.

opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception. S'agissant, en effet, de renonciation, il n'y a pas à distinguer entre les droits qu'ils tiennent de leur auteur et ceux qui leur appartienuent de leur chef. Leur renonciation n'en est pas moins, dans un cas comme dans l'autre, l'exercice d'une simple faculté qui est indépendante, dans son usage, de la nature des vices qu'elle a pour objet de couvrir ou de réparer.

Les héritiers et ayants-cause du donateur peuvent donc valablement réparer, par une confirmation expresse ou tacite, les vices d'une donation, tels que ceux de consentement, de capacité ou de forme, soit que le donateur ait pu lui-même ou non les purger et les couvrir. Ils peuvent en outre également, et par les mêmes moyens, réparer les autres vices de l'acte que le donateur n'aurait pu couvrir à leur préjudice. Tels sont ceux qui résultent de l'incapacité du donataire, de l'excès de la quotité disponible, ou de l'injuste répartition des biens entre les héritiers copartagés. Les héritiers du donateur peuvent seuls confirmer, dans ce cas, la donation, et ils en ont la faculté incontestable, en se conformant aux règles générales de l'article 1338.

Ainsi encore, les donations révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant, ne peuvent revivre ou avoir de nouveau leur effet, ni par la mort de l'enfant du donateur, ni par aucun acte confirmatif; et si le donateur veut donner les mêmes biens au même donataire, soit avant, soit après la mort de l'enfant par la naissance duquel la donation avait été révoquée, il ne le pourra faire que par une nouvelle disposition (964). Mais rien ne s'oppose à ce que les héritiers confirment cette donation, après la mort du donateur, soit par un acte exprès de confirmation, soit par une exécution volontaire.

17. La nullité des substitutions prohibées a été déclarée dans un intérêt public; rien ne s'oppose cependant à ce que les parties intéressées y renoncent, par suite d'une confirmation formelle ou d'une exécution volontaire, après la mort du donateur, par respect pour sa mémoire et sa volonté. Mais il faut

remarquer que cette renonciation à opposer la nullité de la disposition ne va pas jusqu'à lui faire produire tous ses effets, comme si elle avait été valable et régulière dès le principe. Le premier appelé conservera les biens donnés, voilà tout. Mais, comme grevé, il ne sera point tenu de les conserver et de les rendre au substitué. Comme le vice de la disposition est précisément dans cette obligation de conserver et de rendre, l'intérêt public s'oppose à ce que, sous ce rapport, la confirmation produise son entier effet. La donation ne vaut donc, en faveur du donataire, que comme libéralité pure et simple, sans charge de conserver et de rendre.

Ce n'est pas que le donataire ne puisse restituer, en se considérant comme grevé et par respect pour la volonté de son auteur, les biens au substitué qui a été appelé à les recueillir. Mais cette restitution, quand elle a lieu, n'est point elle-même la confirmation de la substitution prohibée. Elle est, de la part du donataire, un acte purement volontaire et spontané, qui doit réunir lui-même toutes les conditions propres à assurer sa validité.

Quant aux héritiers du grevé, ils peuvent confirmer expressément ou tacitement la disposition, et renoncer à en opposer la nullité, par exemple, en mettant le substitué en possession des biens, pourvu qu'ils aient eu connaissance du vice et intention de le réparer.

18. Les mêmes principes s'appliquent aux dispositions testamentaires. Les héritiers et ayants-cause du testateur peuvent, après sa mort, les confirmer expressément ou tacitement (1), quels que soient les vices qui les infectent, soit qu'ils résultent de l'inobservation des formes prescrites, de la démence du testateur, de son incapacité, de l'excès de la quotité disponible, de l'injuste distribution de ses biens, de l'incapacité ou indignité personnelle de l'héritier institué ou légataire.

(1) MERLIN, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 5. — TOULLIER, T. 11, n° 73. — DURANTON, T. 9, n° 171. — GRENIER, *Donat.*, T. 1, n° 325. — Rennes, 12 mai 1851. SIREY, 52, 2, 287.

Les actes de confirmation valent alors, à la seule condition que les règles générales de l'article 1338 y seront observées, c'est-à-dire que le confirmant aura agi en connaissance du vice et avec l'intention de le réparer (1).

Le légitimaire, réduit à une portion de l'hérédité inférieure à sa réserve, peut renoncer lui-même à toute action en supplément. Cette renonciation peut même aujourd'hui être expresse ou tacite. Sous l'empire du droit romain, l'héritier ne pouvait plus attaquer pour inofficiosité le testament de son auteur, lorsque, dans une quittance ou dans une transaction, il s'était spécialement déclaré satisfait et content de la part héréditaire qui lui avait été laissée (2). La loi du 18 pluviôse an V, sans exiger cette expression de satisfaction et de contentement, se bornait à demander une renonciation expresse de la part du légitimaire. Ce n'est pas que ce mot de renonciation ait la même force que ceux de contentement, de satisfaction ; car l'héritier qui déclare renoncer n'est pas, pour cela, nécessairement content et satisfait, tandis que celui qui se déclare satisfait et content fait, par cela même, nécessairement une renonciation. Cependant, comme la renonciation fait présumer, en fait, que le légitimaire est satisfait, le législateur pouvait, en saine raison, en déduire une présomption légale que le renonçant est content et satisfait. D'ailleurs, ce mot de renonciation, sous la loi du 18 pluviôse an V, n'avait rien de sacramentel, et n'était point religieusement exigé pour caractériser une renonciation.

Mais aujourd'hui cette législation n'existe plus. On est placé sous l'empire des principes généraux du droit en matière de confirmation, de ratification et de renonciation. Il s'ensuit que le légitimaire est censé renoncer, par cela seul qu'il reçoit ce qui lui a été laissé, sans protestations, ni réserves, et en suffisante connaissance de cause.

(1) Merlin, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 1, art. 4, et Quest., v° *Testament*, § 18. — Marcadé, art. 1340, n° 4.

(2) L. 35, § 2, C. *De inoff. testam.*

Est enfin également valable la confirmation donnée par les héritiers au legs excessif fait à un enfant naturel. « Si des considérations de morale et d'ordre public, dit la Cour de cassation (1), ont fait refuser à l'enfant naturel le titre d'héritier, il n'existe rien de contraire aux bonnes mœurs dans les conventions par lesquelles le successible réservataire, sans attribuer à l'enfant naturel cette qualité d'héritier, dont il ne peut être honoré, lui abandonne à titre onéreux ou à titre purement gratuit les biens qu'il aurait eu le droit de revendiquer. Les conventions qui ne règlent que des intérêts privés ne sauraient être réputées illicites, et se trouvent, dès lors, réglées par les dispositions de la loi commune et les principes généraux du droit. »

Il en serait toutefois autrement si l'incapacité du légataire était fondée sur des considérations d'intérêt public; telle est celle qui affecte une corporation religieuse non autorisée, à qui un légataire, servant d'intermédiaire, est chargé de faire parvenir l'émolument de la succession. Les actes d'exécution faits par les héritiers avec ce dernier ne les rendent point non recevables à attaquer le testament. Les lois d'ordre public étant au-dessus des conventions privées, ces actes d'exécution n'ont pas plus de valeur qu'une confirmation expresse (2).

19. A la différence de la confirmation ou ratification qui a lieu en matière de contrats, celle qui s'opère en matière de testaments et de legs a besoin d'être acceptée par celui vis-à-vis duquel elle est donnée. Plusieurs dispositions de la loi romaine (3) exigent que, dans ce cas, il y ait pacte, contrat, en un mot, acceptation. Lorsqu'il s'agit d'un contrat, la confirmation se rattache toujours à un consentement antérieur, qui en est l'acceptation anticipée ; mais il n'en est pas ainsi en matière

(1) 16 août 1841. Sirey, 41, 1, 609. — *Conf.*, Rennes, 26 juill. 1843. Sirey, 44, 2, 342. — Toulouse, 7 fév. 1844. Sirey, 45, 2, 256.

(2) Lyon, 13 fév. 1836. Sirey, 37, 2, 263.

(3) L. 16, § 1, C. *De testam.* — L. 62, *ff. De cond. ind.* — L. 23, C. *De fideicom.*

de dispositions testamentaires. Aucun commencement d'obligation n'existant entre les parties, une confirmation unilatérale, ni expressément, ni tacitement acceptée, ne constitue qu'une simple proposition qui ne forme point de contrat, point d'engagement (1). Il s'ensuit qu'elle ne produit effet qu'à l'égard de celui de la part duquel il y a eu acceptation expresse ou tacite.

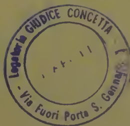
20. Soit qu'ils s'appliquent à une donation, à un testament ou à un contrat, les actes confirmatifs n'obligent que ceux de qui ils émanent, leurs successeurs et ayants-cause. Ils sont seuls liés par la renonciation qui en résulte, et l'acte ainsi confirmé n'est inattaquable qu'à leur égard, dans la mesure des droits qu'ils pouvaient personnellement exercer (2).

21. Les actes confirmatifs, soit qu'ils aient lieu gratuitement ou à titre onéreux, ne constituent, sous aucun rapport, de la part de ceux qui ratifient ou exécutent, une libéralité proprement dite, qui puisse être soumise aux principes particuliers qui régissent les donations. Ils n'ont, à moins de fraude et de déguisement, d'autre caractère que celui d'une renonciation pure et simple à une action en révocation, en rescision ou en nullité.

(1) MERLIN, Quest., v° *Testament*, § 18.
(2) Cass., 12 juin 1839. SIREY, 39, 1, 659.

FIN DU QUATRIÈME VOLUME.

LIMOGES. — DUCOURTIEUX ET Cie, IMPRIMEURS-LIBRAIRES


Legatoria GIUDICE CONCETTA
- Via Fuori Porta S. Gennaro

